



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

MARCELO PIAZZA SASSI

A CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA PELA
MODALIDADE PREGÃO: LEGALIDADE, HERMENÊUTICA E PERSPECTIVAS

FLORIANÓPOLIS / SC

2013

MARCELO PIAZZA SASSI

A CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA PELA
MODALIDADE PREGÃO: LEGALIDADE, HERMENÊUTICA E PERSPECTIVAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito
na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC,
na área de Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart
Cademartori

FLORIANÓPOLIS / SC

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “**A contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão: legalidade, hermenêutica e perspectivas**”, elaborada pelo acadêmico Marcelo Piazza Sassi e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo relacionados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, por meio da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 19/08/2013

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Prof. Me. Gustavo Henrique Carvalho Schiefler

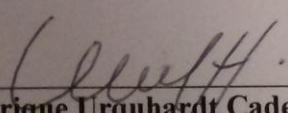
Prof. Bernardo Wildi Lins

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

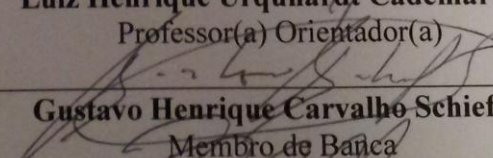
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão: legalidade, hermenêutica e perspectivas**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Marcelo Piazza Sassi**, defendida em **19/08/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

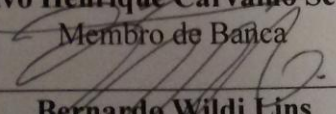
Florianópolis, 19 de Agosto de 2013



Luiz Henrique Urquhardt Cademartori
Professor(a) Orientador(a)



Gustavo Henrique Carvalho Schiefler
Membro de Banca



Bernardo Wildi Lins
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Aos livros; ao meu orientador, professor Luiz Henrique U. Cademartori; e à família, notoriamente meus pais, pelas imensas oportunidades proporcionadas ao longo desta breve passagem que se chama vida.

Um homem do povoado de Neguá, no litoral da Colômbia, pôde subir no alto do céu e na volta contou: disse que havia contemplado, lá de cima, a vida humana. E disse que somos um mar de foguinhos. O mundo é isso, revelou: um montão de gente, um mar de foguinhos. Não há dois fogos iguais. Cada pessoa brilha com luz própria, entre todas as demais. Há fogos grandes e fogos pequenos. Há fogos de todas as cores. Há gente de fogo sereno, que nem fica sabendo do vento. E existe gente de fogo louco, que enche o ar de faíscas. Alguns fogos, fogos bobos, não iluminam nem queimam. Mas outros... outros ardem a vida com tanta gana, que não se pode fitá-los sem pestanejar. E quem se aproxima... se incendeia. (Eduardo Galeano)

RESUMO

O objetivo deste trabalho é fomentar o debate sobre a viabilidade da contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade Pregão, visando ao aprimoramento da sistemática de contratações públicas no Brasil, em busca da tão almejada eficiência. Diante disso, no primeiro capítulo, apresenta-se, inicialmente, uma breve narrativa sobre a origem e adequação do Pregão ao ordenamento jurídico brasileiro. Após, faz-se uma análise da principiologia aplicável à modalidade, percorrendo sobre cada um dos princípios jurídico-administrativos que lhe conformam e lhe dão a tônica. Finaliza-se o capítulo com a apresentação de dois estudos estatísticos sobre o desempenho do Pregão nos últimos anos. No segundo capítulo, promove-se um estudo sobre a estrutura jurídica do Pregão no Direito Brasileiro, descrevendo o *iter* procedimental que compõe a identidade jurídica de cada uma de suas formas (presencial e eletrônica). Em seguida, procede-se à avaliação das vantagens e desvantagens alusivas a cada uma dessas formas. O último capítulo deste trabalho aborda a viabilidade da contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade Pregão, por meio de uma análise hermenêutica de sua hipótese de cabimento, bem como da ilegal proibição regulamentar incidente sobre a contratação dos referidos itens, sob o ponto de vista do princípio da legalidade. Finalmente, com base nesses estudos, propõe-se um critério legal para melhor delimitação da hipótese de incidência da aludida modalidade.

Palavras-chave: pregão, hermenêutica, legalidade, obras, serviços de engenharia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. ORIGEM E ADEQUAÇÃO DO PREGÃO AO DIREITO BRASILEIRO	13
1.1 Considerações iniciais	13
1.2 Breve Histórico	22
1.3 Princípios jurídico-administrativos incidentes sobre o Pregão	24
1.3.1 Princípio da Isonomia	26
1.3.2 Princípio da Legalidade	27
1.3.3 Princípio da Moralidade	28
1.3.4 Princípio da Impessoalidade e do Julgamento Objetivo	30
1.3.5 Princípio da Publicidade	32
1.3.6 Princípio da Eficiência	33
1.3.7 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório	34
1.3.8 Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade	36
1.3.9 Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável	39
1.4 Análise de dados e resultados	42
1.4.1 Relatório de 2011	44
1.4.2 Relatório de 2012	49
2. IDENTIDADE JURÍDICA DO PREGÃO	51
2.1 Pregão na forma Presencial	52
2.1.1 Fase Interna	52
2.1.2 Publicidade do Edital	69
2.1.3 Atos preparatórios ao julgamento	71
2.1.4 Julgamento das propostas	75
2.1.5 Aceitabilidade das propostas	81

2.1.6 Habilitação	84
2.1.7 Recursos administrativos	86
2.1.8 Fase integrativa do Pregão e assinatura do contrato.....	88
2.2 Pregão na forma Eletrônica.....	90
2.2.1 Fase Interna.....	92
2.2.2 Publicidade do Edital	92
2.2.3 Atos preparatórios ao julgamento	93
2.2.4 Julgamento das propostas	94
2.2.5 Aceitabilidade das propostas	96
2.2.6 Habilitação	96
2.2.7 Recursos administrativos.....	97
2.2.8 Fase integrativa do Pregão e assinatura do contrato.....	97
 3. CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA PELA MODALIDADE PREGÃO (25p)	 101
3.1. Bens e serviços comuns: interpretações e desdobramentos	102
3.2 Ilegalidade da proibição regulamentar incidente sobre obras e serviços de engenharia	113
3.3 Critério legal para delimitação da hipótese de cabimento do Pregão	121
 CONCLUSÃO.....	 125
ANEXOS	128
REFERÊNCIAS	140

INTRODUÇÃO

De início, e pegando carona nas reflexões de Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, convém salientar que não é tarefa das mais fáceis superar o obstáculo de dar juridicidade e legitimidade às contratações de obras e serviços de engenharia pela modalidade Pregão. Isso porque o sucesso desta ousada empreitada pressupõe, atualmente, um aprimorado exercício de hermenêutica sobre a complexidade do ordenamento vigente, dos fatos sociais envolvidos, bem como das tendências de grande parcela da sociedade envolvida, uma vez que a Lei n. 8.666/93 não é clara, as interpretações são conflitantes e a jurisprudência não é uníssona. É nesse contexto que surge o dever do intérprete de conferir o sentido adequado à norma objeto de estudo, levando em consideração não só as razões de direito dela decorrentes, como também elementos do âmbito prático, os quais circundam e condicionam, de igual modo, a aplicação do ato normativo.

Nesse norte, o objetivo deste trabalho é fomentar o debate sobre a viabilidade da contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade Pregão, visando ao aprimoramento da sistemática de contratações públicas no Brasil, em busca da tão almejada eficiência.

Para isso, utilizar-se-á o método dedutivo. Será realizado um estudo bibliográfico, jurisprudencial e legislativo sobre a legalidade de se licitar obras e serviços de engenharia pela modalidade Pregão, bem como estudos estatísticos auxiliares, a fim de apontar reflexos de cunho prático oriundos da aplicação dessa nova modalidade de licitação.

Fixadas referidas premissas, passa-se à descrição da estrutura do trabalho.

No primeiro capítulo, apresenta-se, inicialmente, uma breve narrativa sobre a origem e adequação do Pregão ao ordenamento jurídico brasileiro. Após, faz-se uma análise da principiologia aplicável à modalidade, percorrendo sobre cada um dos princípios jurídico-administrativos que lhe conformam e lhe dão a tônica. Finaliza-se o capítulo com a apresentação de dois estudos estatísticos sobre o desempenho do Pregão nos últimos anos.

No segundo capítulo, promove-se um estudo sobre a estrutura jurídica do Pregão no Direito Brasileiro, descrevendo o *iter* procedimental que compõe a identidade jurídica de cada uma de suas formas (presencial e eletrônica). Em

seguida, encerra-se o capítulo procedendo-se à avaliação das vantagens e desvantagens alusivas a cada uma dessas formas.

O último capítulo deste trabalho aborda a viabilidade da contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade Pregão, por meio de uma análise hermenêutica de sua hipótese de cabimento, bem como da ilegal proibição regulamentar incidente sobre a contratação dos referidos itens, sob o ponto de vista do princípio da legalidade. Finalmente, com base nesses estudos, propõe-se um critério legal para melhor delimitação da hipótese de incidência da aludida modalidade.

1. ORIGEM E ADEQUAÇÃO DO PREGÃO AO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Considerações iniciais

O contrato administrativo constitui o principal meio de que se vale a Administração Pública para promover a satisfação dos interesses coletivos postos à sua cura.

Firme nessa concepção, pode-se dizer que o fenômeno da contratação pública é um processo que se inicia com a identificação de uma *necessidade* pública que, para ser suprida, dependerá da contratação de um terceiro, o qual viabilizará, em momento posterior, a *solução* buscada pela Administração para a satisfação daquela carência, com vistas à promoção do interesse público que a motivou.

Convém destacar que ditas *necessidades* são eminentemente aquelas não passíveis de serem supridas pelo próprio aparato administrativo, eis que lhe faltam os pressupostos de especialidade (conhecimento técnico e experiência) aptos a gerar soluções qualitativa e economicamente viáveis, razão pela qual se torna cogente a busca de uma dada *solução* no mercado, a ser oferecida por um terceiro.

Mais precisamente, a sistemática de contratação desenvolve-se, em regra, por meio do chamamento de terceiros interessados a acudir ditas carências, mediante a realização de um processo seletivo prévio entre estes, que se denomina *licitação*. O vencedor da disputa será aquele que propor a solução mais vantajosa à Administração, tendo em vista critérios previamente fixados por ela. Assim, ele é convidado a assinar um contrato com a Administração, no bojo do qual são estabelecidos direitos e obrigações recíprocos, dentre eles, a devida contraprestação financeira em favor do particular fornecedor.

Com efeito, o liame de integração entre Administração de um lado, visando ao atendimento de uma necessidade pública, e particulares de outro, objetivando a realização de seus interesses econômicos privados, por meio de um contrato administrativo de caráter oneroso, juridicamente vinculante às partes, e geralmente antecedido de um processo licitatório, mostrou-se amplamente exitoso no alcance de seus propósitos.

De início, o que se pretende deixar claro é que o processo de contratação Pública, como qualquer outro instituto do Direito, guarda um esquema lógico, uma ordem concatenada de ideias, cuja elucidação é de fundamental importância para compreensão das futuras abordagens deste trabalho.

Frisa-se que os esforços iniciais se fazem necessários como forma de combater a já arraigada e disseminada reprodução mecanicista de conceitos na seara jurídica, muitos dos quais apostilados e esculpidos em mármore, sendo estabelecidos *a priori* sem qualquer exercício reflexivo. Suas silhuetas, aliás, bem conhecidas por muitos, na realidade mascaram uma superficial noção sobre o seu conteúdo.

O primeiro aspecto que deve ser aclarado é que a contratação pública existe para solver um problema da Administração, ou melhor, uma *necessidade*. Não há acordo de vontades desvinculado de interesses. E no caso do Poder Público, contrata-se em vista de uma *necessidade* (mediata ou imediata).

Logo adiante, como decorrência do primeiro aspecto, surge um segundo elemento fundamental para essa inicial compreensão: na medida em que a Administração se depara de frente a uma *necessidade*, faz-se mister proceder à identificação de uma *solução* correlata a ela. E como esta *solução*, na quase unanimidade das vezes, não pode ser provida pela própria Administração, pois lhe falta especialização técnica para tanto, não há outra escolha senão procurar, no mercado, particulares especializados em dado segmento, os quais se disponham a suprir satisfatoriamente — seja em relação à qualidade, seja em relação ao preço — tal *necessidade*.

Todavia, essa mera confluência de interesses ainda não basta. Resta um elemento de decisiva importância para o êxito desse modelo. Como é sabido, o mundo não se desenvolve apenas à base de boas intenções; para que a contratação se perfectibilize, torna-se imperativo a existência de *recursos financeiros*, nesse caso públicos, que sejam utilizados como meio de pagamento ao particular interessado, o qual oferece, em contrapartida, a *solução* da específica *necessidade* da Administração.

Nessa linha de raciocínio, a inserção deste último elemento ao esquema, isto é, dos *recursos financeiros públicos*, desvela um princípio de caráter fundamental, inerente ao âmbito das contratações públicas, que constituirá sua viga mestra, com base na qual os demais elementos irão assentar-se: a *isonomia*.

De fato, sendo a Administração a responsável pela gestão da coisa pública, do que deriva sua proibição de livremente dispor dos *bens*, *valores* e *direitos* a ela ligados; e tendo em vista que os *recursos financeiros públicos*, além de constituírem a parcela preponderante daquela, provêm das diversas pessoas da sociedade que contribuem para formação da receita pública, nada mais natural que a Administração, por não ser a real proprietária desses recursos, mas tão-somente curadora, valha-se de um processo transparente para assegurar que as mesmas pessoas patrocinadoras de tais valores sejam escudadas, futuramente, por um tratamento igualitário na escolha de qual delas irá contratar com a Administração e, conseqüentemente, ampliar sua esfera de direitos, beneficiando-se, pois, desse aporte financeiro coletivo. Sob esse *prima*, a isonomia assume a função de proteção dos interesses privados.¹

Por outro lado, há de se reconhecer que o tratamento isonômico conferido aos particulares interessados acarreta a ampliação da disputa, proporcionando um ambiente competitivo apto a gerar a multiplicação de ofertas e, conseqüentemente, a realização de negócios mais vantajosos. Assim, qualquer indivíduo da sociedade, mesmo que não participante da licitação, terá interesse na ampliação da disputa e na eliminação de beneplácitos individuais, uma vez que isso trará economia aos cofres públicos. Sob esse ângulo, a isonomia assume a função de proteção dos interesses coletivos.

Como se percebe, trata-se de mecanismo destinado a elidir, no universo das contratações públicas, conluíus e favoritismos² entre os agentes públicos e seus

¹ Nesse sentido, dignas de nota são as observações de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que "a Administração direta ou indireta não pode distribuir como benesses as vantagens econômicas dos negócios em que tenha de intervir ou os cargos e empregos em seus vários órgãos. Justamente porque nenhum destes bens tem o cunho de propriedade particular, utilizável ao alvedrio do titular, a Administração, que gere negócios de terceiros, da coletividade, é compelida a dispensar tratamento competitivo e equitativo a todo administrado. A exigência de licitação para a realização de negócios com os particulares não traduz apenas o desejo estatal de obter o melhor produto ou serviço com menores ônus. Implica, também, a obrigação de oferecer aos particulares, que se dispõem a fornecer o bem ou o serviço, a oportunidade de disputar em igualdade de condições. Assim, o instituto da licitação não tem em mira, apenas, os cômodos do Estado, mas, também encarece interesses dos particulares em face dele." (*Curso de direito administrativo*, 27ª ed., 2010. p. 83)

² Situação, aliás, muito comum nas licitações realizadas Brasil afora, notadamente na esfera municipal, onde a adoção de modalidade de licitação mais flexível, no que diz respeito à publicidade do certame e o prazo mínimo exigido para apresentação de propostas, como é o caso do *convite*, termina por favorecer apaniguados do governo, os quais obtêm toda sorte de privilégios e vantagens em licitações dirigidas, culminando na celebração de contratos superfaturados. E o pior é que muitas dessas almas inescrupulosas bamburram nos acolhedores seios do Estado às claras, sem nenhum constrangimento, e com a conviência da população, real proprietária desses recursos e maior interessada no melhor aproveitamento deles.

correligionários em detrimento dos demais integrantes da coletividade e, reflexamente, do interesse público geral.

São essas razões que, em apertadíssima síntese, justificam o princípio da *licitação*.

Nesse rumo, com o perdão das breves e singelas considerações acima expostas, e certamente contando com a acurada inteligência do leitor, não é difícil concluir que a licitação possui como pressuposto fundamental garantir um *tratamento isonômico* entre os sujeitos participantes do certame. E para que assim o seja, deve a Administração, ao licitar, valer-se de critérios objetivos de julgamento (menor preço; melhor técnica; melhor técnica e preço; maior lance ou oferta), escorraçando — ou ao menos impedindo ao máximo — possíveis juízos subjetivos, por parte dos agentes administrativos responsáveis pelo julgamento das propostas, que venham a influenciar na escolha do licitante vencedor.³

Fixadas referidas premissas, passa-se, então, a uma breve análise dos principais traços atinentes à identidade jurídica das contratações administrativas no âmbito constitucional e legal do ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a Constituição Federal de 1988, afora as inúmeras revoluções trazidas, impôs a certas temáticas socialmente relevantes um inovador — e salutar — tratamento constitucional, como foi o caso das licitações e contratos administrativos. Aludido tratamento "de gala" encontra-se cristalizado no art. 37, XXI, da CRFB.⁴

Como se percebe, a partir do novo paradigma estabelecido pela CRFB/88, as contratações realizadas pelo Poder Público que tenham por objeto obras, serviços, compras e alienações, pelas razões lógicas ressaltadas alhures,

³ É de se ponderar o fato de que nem sempre a realização de licitação será medida apta a resguardar o tratamento isonômico entre os participantes, como será visto adiante. Tampouco será barreira plenamente eficaz a impedir a ocorrência de toda sorte de ilegalidade que vier a ser causada, culposa ou dolosamente, pelos sujeitos nela envolvidos. De fato, a criatividade negativa do homem para burlar regras, tendo como escopo a realização de condutas reprováveis, é infinita, não havendo como eliminá-la, quando muito restringi-la.

⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI — ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

dependem de processo de licitação previamente estabelecido em lei. Sacramentasse, pois, o dever legal de licitar para a Administração Pública.⁵

Imediatamente abaixo, numa escala hierárquica inferior, encontra-se a Lei n. 8.666/93, editada com base na competência legislativa fixada no art. 22, XXVII, da CFRB,⁶ que constitui o diploma legislativo nacional sobre licitações e contratos administrativos, mais conhecida como *Lei Geral de Contratações Públicas*.

Assim, antes de iniciar-se qualquer análise jurídica com base apenas nas frias letras da lei, convém tecer algumas breves considerações sobre o contexto político, social e econômico dentro do qual referido diploma legislativo fora criado, o que nos permite compreender a essência, os traços marcantes e, principalmente, a sistemática do conjunto normativo em questão.

Dentro desse contexto, é preciso compreender, antes de tudo, que a conjuntura na qual a Lei n. 8.666/93 surgiu compunha-se não só de um ambiente de conturbada transição política e instabilidade econômica, mas também caracterizava-se por uma alarmante série de escândalos de corrupção, favorecimentos políticos, superfaturamentos, desvios de recursos públicos etc., em todos os campos do aparato estatal. De fato, não se pode negar que, com a vinda de ares democráticos, a influência de nossas raízes históricas e o recente legado deixado pelos "anos de chumbo" revelaram-se altamente perniciosos ao corpo social, colocando em xeque a confiança dos cidadãos em relação a governos, Administração e demais instituições republicanas.

Foi nesse cenário caótico, portanto, que a Lei n. 8.666/93 surgiu no Direito Brasileiro, como produto do anseio coletivo pela valorização do público. Pretendendo combater uma prática administrativa arcaica, eminentemente patrimonialista, bem como corrupta em sua essência, a nova lei trouxe em seu bojo uma significativa gama de inovações e modificações, veiculadas através de uma rigorosa e detalhada

⁵ Não se deduza, com essa assertiva, que as licitações públicas estrearam no sistema jurídico tupiniquim com o advento da última ordem constitucional. Muito pelo contrário. A origem do modelo de licitações públicas é anterior ao nascimento democrático brasileiro e, portanto, à Constituição de 1988. Já no início do século XX a prática de licitar ganhou preponderância e restou incorporada à estrutura da Administração Pública Brasileira, com a edição Decreto nº. 4.536/22, que organizou o Código de Contabilidade da União.

⁶ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

estrutura procedimental,⁷ além do fornecimento de poderosos mecanismos de controle, acrescidos de ríspidas sanções em prol do monitoramento dos gastos públicos. O inovador tratamento dispensado à matéria, capitaneado por um lento e complexo processo de conscientização dos deveres coletivos da sociedade, inaugurou uma nova fase na seara das aquisições públicas, objetivando promover uma importante adequação constitucional dos diversos aspectos envolvidos na realização dos contratos administrativos, ao encontro das boas práticas de governança.

Não obstante, apesar dos aspectos positivos trazidos, o transcurso do tempo, aliado à rápida evolução das relações sociais, revelou que, na prática, a rígida e burocratizada estrutura da Lei n. 8.666/93 demonstrava inequívocos sinais de superação, clamando por indispensável aprimoramento.

De fato, a anteriormente festejada moralização dos processos licitatórios propiciada por dita lei, ao longo do tempo, transmudou-se em preocupantes entraves operacionais. Os sinais do anacronismo eram evidentes. Não tardou muito para que surgissem verdadeiros gargalos na legislação referente à matéria. Os fins moralizadores da lei terminaram por gerar reflexos negativos em outras importantes variáveis, tais como duração do certame, economia de recursos e fácil operacionalidade, as quais restaram desvanecidas em meio aos inexoráveis primados da uniformização, do rigorismo, da segurança e da exacerbada burocracia.

Sem contar a confusa sistemática da lei que, somada aos aludidos fardos, contribuiu para transformar a Lei Geral de Contratações Públicas num simbólico "elefante branco", de complicada operacionalização e motivo de dor de cabeça para administradores e demais pessoas afetas a ela. O que se viu, ao longo dos últimos anos, foi uma acentuada fuga dos agentes administrativos da Lei n. 8.666/93, evitando, ao máximo, utilizar-se dela para a realização de contratações.

Nesse talante, a autora Vera Monteiro aduz comentário interessante sobre a questionável abrangência da Lei 8.666/93, quanto à diversidade de contratações a que se propõe regular:

Sempre se reconheceu que **o foco central da Lei 8.666 são os contratos de obras públicas, apesar de ela ser aplicável a um amplo leque de contratos com objetos muito distintos entre si**. Vários de seus dispositivos foram pensados para dar maior segurança às contratações de grande vulto e de execução prolongada no tempo, como é o caso das

⁷ De observância compulsória por todos os Poderes e esferas governamentais.

obras. Sem a preocupação de ser didática, **a Lei 8.666 não distingue o tipo de procedimento conforme o tipo contratual**. É dizer, contratos de compras, prestação de serviços, alienações, concessões, permissões, obras, etc., são todos, basicamente, tratados sob um único rótulo: "contrato". Fundamentalmente, **o que difere uma de outra contratação é apenas o seu valor** (MONTEIRO, 2010, p. 22). (grifo nosso)

É de se compreender a preocupação da autora. A suposta identidade contratual não pressupõe a adoção de um único e exclusivo procedimento de escolha para os variados tipos de objetos a serem licitados. Trata-se de previsão legal, no mínimo, inconveniente.

A propósito, e de modo breve, convém salientar que a Lei n. 8.666/93 adota um único esquema de processamento e julgamento das propostas submetidas ao crivo da Administração, conforme disposto no seu art. 43. Basicamente, subdivide-se o processo licitatório, isto é, a fase externa, em dois momentos: *habilitação*, onde se analisam os requisitos de ordem subjetiva atinentes ao licitante, de acordo com art. 27 e seguintes da mesma lei (capacidade jurídica, técnica, econômico-financeira e regularidade fiscal); e *julgamento*, onde se procede à análise da conformidade das propostas com o ato convocatório.

Cumprе anotar ainda que, em ambas as fases, é dada oportunidade aos licitantes para interporem recursos das decisões tomadas pela comissão de licitação, tanto em relação àquelas que lhes dizem respeito quanto em relação àquelas que versem sobre os demais concorrentes. As decisões, aliás, devem ser publicadas na imprensa oficial, abrindo-se, a partir de então, prazo de 5 (cinco) dias úteis para interposição de recursos, salvo se presentes na sessão todos os prepostos dos participantes, quando poderão ser intimados pessoalmente.

Ademais, os recursos interpostos gozam de efeito *suspensivo*, razão pela qual *suspendem* o prosseguimento do certame até que sejam decididos. Assim, a Administração só poderá passar à fase subsequente, isto é, a de julgamento, caso sejam resolvidas em caráter definitivo todas as questões — incluindo-se aí os recursos — atinentes à habilitação. A fase de julgamento, por sua vez, segue idêntica e morosa sistemática.

Diante disso, não é preciso muito esforço para vislumbrar que esse minucioso e compartimentado procedimento, agravado na maior parte dos casos pelo desconhecimento da própria lei por parte de licitantes e Administração Pública, é causa da demora nas aquisições governamentais e enorme litigiosidade entre os

proponentes, o que tem acarretado perdas significativas ao Poder Público, derivadas do elevado tempo na conclusão dos processos (MONTEIRO, 2010, p. 24).

Como se vê, a difícil manipulação da sistemática procedimental da Lei n. 8.666/93, aliás responsável pelo alto índice de ineficiência nas contratações, muitas das quais realizadas com preços acima do de mercado, terminou acarretando uma disseminada ojeriza por parte dos gestores da coisa pública em utilizá-la, o que exigiu a busca por ferramentas licitatórias mais versáteis, céleres e desburocratizadas, com ganho real de eficiência.

Nesse cenário, diante dessa grave crise de gestão, o legislador infraconstitucional, circunscrito por uma tempestade de críticas e ressabiados olhares externos, a par de ter introduzido certas "válvulas de escape" no sistema, ao promover uma significativa ampliação do rol de casos de dispensa, previstos no art. 24 e incisos da Lei n. 8.666/93, tomou um importante e decisivo passo rumo à eficiência administrativa no âmbito das licitações.

Pois bem, foi nesse contexto de superação de paradigmas que o Pregão surgiu no direito brasileiro, como uma nova modalidade licitatória (a sexta) voltada a combater o engessamento, a morosidade e a ineficiência que tanto prejudicavam a rotina de contratações governamentais a partir de meados dos anos 90.

Nesse sentido, o professor Marçal Justen Filho bem analisou os bastidores e as intenções envolvidas por detrás dessa salutar mudança de rumos:

A União implementou, a partir da introdução da figura do pregão, um projeto de alteração geral da legislação sobre licitações. **Trata-se de substituir a disciplina tradicional consagrada na Lei n. 8.666 por instrumentos licitatórios mais ágeis e rápidos.** Diante da impossibilidade material (por circunstâncias políticas) de produzir a substituição da Lei n. 8.666, **a União passou a editar legislação específica e diferenciada, com a perspectiva de que, a médio prazo, todas as licitações se subordinem aos novos modelos.** Assim, as primeiras normas restringiam a aplicação do pregão ao **âmbito federal**. O segundo passo foi a generalização do pregão para **todas as órbitas federativas**. Depois, consagrou-se dispositivo regulamentar que impôs como **obrigatória a adoção do pregão, preferencialmente sob a forma eletrônica**. A par disso, **a sistemática procedimental do pregão foi adotada para outras formas contratuais, tal como previsto na Lei n. 11.079 (que dispôs sobre os contratos de Parceria Público-Privada — PPP).** Em suma, pode-se esperar que, ao longo do tempo, a Lei n. 8.666 torne-se um diploma cuja única utilidade normativa será a veiculação de princípios gerais. A disciplina concreta das licitações será efetivada por meio de diplomas específicos. E um papel fundamental caberá à figura do pregão (JUSTEN FILHO, 2010, p. 23). (grifo nosso)

De outro norte, sabe-se bem que inovações legislativas não bastam. Nessa linha, não podemos nos furtar de trazer à tona um importante — e problemático — elemento que, a bem da verdade, é inerente a todo e qualquer ramo do Direito. É que a operacionalização e a eficácia de quaisquer sistemas de normas inevitavelmente envolvem a intervenção e intelecção humanas. Disso decorre que, quando colocadas em prática, muitas normas acabam por não trazer os resultados exitosamente imaginados na esfera da virtualidade. E isso em razão de uma série de fatores que vão desde a ausência de conhecimentos técnicos adequados até graves desvios de conduta por parte dos sujeitos a quem incumbem promover os fins almejados por tais regramentos.

A propósito, sem negar a importância das atualizações legislativas, convém destacar as reflexões de Elísio A. Velloso Bastos sobre o falacioso papel "salvador" das leis, ao criticar a pueril intenção daqueles que vêem nelas a fonte de solução para todas as inconveniências encontradas na prática, conforme asseverado abaixo:

De há muito sabem, com maior nitidez, os que atuam na área jurídica a verdadeira compulsão legislativa adotada por nossas autoridades com o mister de resolver problemas de diversas ordens. **Promove-se, então, uma verdadeira e veloz alteração, nem sempre para melhor, em nossos institutos jurídicos antes mesmo que estes possam ter a chance de ser utilizados em todo seu potencial. Se há falhas neste ou naquele processo, se houve danos neste ou naquele procedimento, busca-se alterar o texto normativo que lhe dá sustentação, para que o dano e as falhas possam cessar.** Todavia, observamos que as mesmas falhas, os mesmos danos, por vezes com outra roupagem, voltam a ocorrer mesmo em face das novas modificações, e, assim, altera-se a lei novamente na eterna busca pelo ordenamento jurídico perfeito, e, novamente com a leve e refrescante sensação de que algo está sendo feito. Pouco que se percebe que o grande problema das leis não está em sua fonte, mas sim em seu destinatário, em seu intérprete, nos profissionais ou burocratas a quem cabe o nobre mister de efetivar e cristalizar seu conteúdo (BASTOS, 2002, p. 234). (grifo nosso)

Valendo-se das lições do aludido autor, e já concluindo, não obstante seja o Pregão uma grande solução, este não pode — e não deve — ser considerado o "elixir" contra todos os males que a Administração encontra no seu cotidiano. Assim como qualquer outra tecnologia, o Pregão possui suas limitações intrínsecas. Aliás, a vã tentativa de atribuir um caráter milagroso à lei, ou outras ferramentas normativas quaisquer, será sempre fadada ao fracasso. Convém ter-se em mente que boas práticas administrativas não se concretizam apenas por meio de comandos deodônticos, abstratamente considerados. É preciso ir além. O ponto

nevrálgico da questão, e aí uma valiosíssima conclusão, é investir maciçamente em capacitação técnica humana, pois são pessoas que dão vida, inteligência e versatilidade aos abstratos instrumentos normativos previstos nas mais variadas legislações. De nada adiantam excelentes instrumentais técnicos nas mãos de quem não sabe usufruí-los em seu máximo potencial. Trata-se, portanto, de um inevitável caminho a ser trilhado na implementação de boas práticas de governança.

Vencidas essas considerações preliminares, passa-se, pois, a discorrer mais detidamente sobre o conturbado processo de introdução do Pregão no Direito Brasileiro até sua posterior estabilidade normativa, com a edição da Lei n. 10.520/02.

1.2 Breve Histórico

O pregão surgiu no Direito Brasileiro com o advento da Lei n. 9.472/97, denominada *Lei Geral de Telecomunicações*, num contexto político-econômico de intensas privatizações de empresas estatais brasileiras, mediante a venda de seus ativos à iniciativa privada. Como consequência, certos serviços públicos — que anteriormente eram prestados direta ou indiretamente pelo Estado — tiveram sua prestação concedida, por prévio processo licitatório, à livre iniciativa para que esta se encarregasse de ofertá-los no mercado, com a reflexa instituição de tarifas a serem pagas pelos usuários que viessem a utilizá-los.

Destarte, foi dentro desse cenário de sobressalente diminuição da participação do Estado na economia — como se deu, no caso brasileiro, em relação ao setor de telecomunicações — que o Pregão restou introduzido no ordenamento jurídico pátrio, no bojo de uma ampla reforma administrativa⁸ que promoveu uma mudança radical na forma de prestação de certos serviços públicos.

Desse modo, as raízes jurídicas do Pregão remontam à criação, pela sobredita lei, de uma *agência reguladora* no setor de telecomunicações, denominada *Agência Nacional de Telecomunicações* — ANATEL, cujas funções primordiais eram — e ainda são — regulamentar e fiscalizar questões atinentes à sua esfera de

⁸ Aludida reforma administrativa apontava, dentre outras motivações, a falta de recursos públicos, o excesso de dívida pública, a necessidade de promoção de concorrência e, mais acentuadamente, o maior grau de eficiência da atividade privada em comparação ao setor público, como justificativas aptas à construção de um novo conceito no que se referia à prestação dos serviços públicos.

atuação, mais especificamente o conjunto de atividades desenvolvidas naquele campo.

Assim, na medida em que se mostrou indispensável conferir à ANATEL certa autonomia para o desempenho de suas atividades-alvo, tornou-se, em contrapartida, imprescindível muni-la de ferramentas versáteis e ágeis, aptas a suprir as exigências impostas pela natureza dinâmica das atividades para as quais se propunha controlar e fiscalizar. Diante dessas razões, e por conta dos já citados inconvenientes na aplicação da Lei n. 8.666/93, o Pregão emergiu no cenário jurídico brasileiro como uma alternativa viável ao até então moroso e custoso processo de contratações públicas existente.

Nos seus primórdios, a partir de sua regulamentação pela ANATEL, o Pregão foi aplicado única e exclusivamente no âmbito daquela agência. Posteriormente, após o transcurso de mais de dois anos de inegável sucesso no cumprimento de suas finalidades,⁹ o Pregão restou estendido para além de seus originais domínios, vindo a abranger toda Administração Pública federal, por meio da edição da Medida Provisória n. 2.026/00, reeditada pelo governo mensalmente, por 18 meses consecutivos, até sua posterior renumeração e apresentação sob o n. 2.182/01.

Ainda ao tempo da vigência da primeira Medida Provisória do Pregão, foram editados dois regulamentos visando à sua concreção.¹⁰ O primeiro a ser editado foi o Decreto Federal n. 3.555/00, o qual aprovou o Regulamento da modalidade presencial do Pregão. O segundo, o Decreto Federal n. 3.697,¹¹ estabeleceu as normas regulamentares aplicáveis à modalidade eletrônica do Pregão, isto é, através da utilização de recursos de tecnologia da informação.¹²

A par disso, apesar de àquela época o Pregão ter seu âmbito de aplicação limitado à União, já que as medidas provisórias assim o previam, muitos Estados e Municípios passaram a criar suas próprias legislações com o objetivo de instituir tal

⁹ Joel de Menez Niebuhr, citando Solon Lemos Pinto, apresenta informação interessante: "A lei n. 9.472, de 16 de julho de 1996, institui o pregão na Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Como resultado da utilização dessa modalidade de licitação, a ANATEL tem conseguido, em média, reduções de 22% entre os preços iniciais e os vencedores. A confrontação direta dos participantes possibilitou diminuições de preços expressivas, como a redução de 62% na contratação de serviços de saúde e de 68% na aquisição de softwares para uso na internet. Além disso, a duração do processo licitatório tem sido encurtada para cerca de 20 dias" (PINTO, Solon. Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba: Zênite, ago/2000. p. 660.)

¹⁰ Cada qual instituindo questionáveis normas regulamentares do ponto de vista constitucional e legal.

¹¹ Referido regulamento restou revogado pelo Decreto Federal n. 5.450/05, que passou a regular o pregão eletrônico na esfera federal.

¹² A propósito, aludidos regulamentos serão alvo de estudo mais detido no segundo capítulo desta monografia.

modalidade em suas respectivas órbitas de competência, beneficiando-se, pois, das vantagens por ela trazidas, haja vista que reputavam inconstitucional sua exclusão no contexto da aludida medida provisória. E isso porque a criação de modalidade licitatória pressupunha — como ainda pressupõe — norma de caráter geral, de observância nacional. Desta feita, numa interpretação conforme à Constituição e correlatamente contrária às medidas provisórias, reputavam que tal modalidade de licitação haveria de ser aplicada indistintamente a todas as esferas político-administrativas, sendo inconstitucional qualquer tipo de restrição que viesse a dispensar tratamento diferenciado aos entes federativos na matéria em questão, em decorrência do princípio federativo — cláusula pétrea expressa, aliás.

Todavia, não obstante as inúmeras pechas de inconstitucionalidade aventadas, a partir da conversão da Medida Provisória n. 2.182/01 na Lei n. 10.520/02, o Pregão finalmente ocupou o seu adequado lugar no ordenamento jurídico pátrio. Assim, muitas das polêmicas discussões jurídicas travadas anteriormente à sua previsão em Lei deixaram de ter relevância prática e perderam, portanto, o objeto, uma vez que o trato da matéria não só deixou de ser veiculado excepcional, transitória e precariamente, por meio de medida provisória, como também houve a extensão desta modalidade licitatória aos demais entes federativos.

Feitas estas sucintas considerações de cunho histórico, passa-se à análise da principiologia aplicável ao Pregão.

1.3 Princípios jurídico-administrativos incidentes sobre o Pregão

O estudo dos princípios mostra-se de fundamental importância para a percepção da essência do Direito, de modo a promover um chamado à visualização e compreensão das linhas mestras do sistema jurídico, disponibilizando meios aos intérpretes para tomarem posturas e decisões justas, consentâneas com os valores morais cultivados pela sociedade (NIEBUHR, 2005, p. 36).

Valendo-se de uma concepção amplamente difundida e conhecida, da lavra de Celso Antonio Bandeira de Mello, pode-se definir princípio como:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o

conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELLO, 2010, p. 54).

No âmbito das licitações, como bem observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não há consenso na doutrina sobre quais são os princípios informadores da licitação. De acordo com a autora, José Roberto Dromi aponta a *livre concorrência e igualdade entre os concorrentes* como princípios basilares da área; Sayaguéz Laso, de maneira semelhante, indica como fundamentais os da *igualdade de todos frente à Administração* e o *estrito cumprimento do edital*; Adilson Abreu Dallari, por sua vez, cita três: *igualdade, publicidade e rigorosa observância das condições do edital*; na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta aos últimos o da *possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores*. Por fim, Hely Lopes Meirelles relaciona como princípios os seguintes: *procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória* (DI PIETRO, 2013, p. 374).

Na visão da aludida autora, a própria licitação é por ela considerada como um princípio ao qual se vincula a Administração Pública. Trata-se de um princípio correlato ao princípio da indisponibilidade do interesse público e que se traduz numa limitação à liberdade de escolha do gestor público em relação ao contratante, pois haverá de eleger o particular detentor da melhor proposta, sob o ponto de vista do interesse público.

Assim, tendo em vista que o objeto deste estudo corresponde a uma das modalidades de licitação pública, os mesmos princípios conformadores desse campo do direito administrativo permeiam a estrutura jurídica do Pregão. Desse modo, nas páginas seguintes, far-se-á um sucinto estudo sobre os principais princípios¹³ incidentes sobre tal modalidade licitatória, a fim de propiciar subsídio teórico para análise da legislação específica relativa ao Pregão — assunto que será tratado no segundo capítulo desta monografia.

¹³ Para efeitos de abrangência do estudo, serão abordados os princípios de maior realce na ordem constitucional e legal referente à matéria, tais como os previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como aqueles veiculados no art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/93. Reitera-se, mais uma vez, que o rol de princípios elencados neste trabalho nem de longe pretende ser exaustivo. Se a própria doutrina diverge, não seria pretensão do autor colocar um ponto final da discussão.

1.3.1 Princípio da Isonomia

O princípio da isonomia ou da igualdade — consagrado constitucionalmente nos arts. 5º, *caput*, e 37, *caput*, da Constituição Federal — conforme dantes mencionado, constitui a razão de ser da licitação. De forma simples e direta, tal princípio tem por função implementar critérios de justiça no trato das mais variadas situações, tratando igualmente situações uniformes e desigualmente¹⁴ aquelas discrepantes entre si, na medida de suas desigualdades.

Tal tratamento, aliás, compõe um dos fins buscados pela licitação, ao lado da obtenção da proposta mais vantajosa e do desenvolvimento nacional sustentável.¹⁵ E assim o é porque, na obtenção da proposta mais vantajosa, torna-se imprescindível oferecer tratamento *substancialmente igualitário* entre os potenciais interessados em razão de dois motivos principais, apontados em seguida.

Sob o ponto de vista privado, porque a contratação administrativa inevitavelmente envolve a escolha de determinado particular em detrimento dos demais, o qual se beneficiará de recursos financeiros pertencentes a toda coletividade, razão pela qual, como ditos recursos pertencem *indeterminadamente* a todos, nada mais justo que a todos seja também estendida a oportunidade de beneficiar-se deles, mediante processo pautado em critérios objetivos de escolha da melhor proposta, de modo a afastar discriminações benéficas ou prejudiciais entre os concorrentes.

Sob a ótica coletiva, porquanto o tratamento igualitário dispensado aos particulares reflete a ampliação da disputa, o que se traduz num ambiente competitivo onde a multiplicação das ofertas propicia maiores chances de se obter

¹⁴ Neste aspecto, há uma íntima relação da isonomia com o princípio da proporcionalidade. Nessa perspectiva, Marçal Justen Filho alerta que "não são válidas discriminações ofensivas ao princípio da proporcionalidade - ou seja, somente se admite a discriminação adequada e necessária a obter um resultado compatível com os valores tutelados pela ordem jurídica" (*Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*, 4ª ed., p. 25).

¹⁵ O desenvolvimento nacional sustentável, como bem obtempera o nunca assaz citado professor Marçal Justen Filho, embora conste no *caput* do art. 3º da Lei 8.666/93 como um dos objetos da licitação, trata-se, em realidade, de finalidade busca pela *contratação administrativa*. Nas palavras do autor, "a licitação é um mero procedimento seletivo de propostas - esse procedimento não é hábil a promover ou deixar de promover o desenvolvimento nacional sustentável. O que o legislador pretendia era determinar que a contratação pública fosse concebida como um instrumento interventivo estatal para produzir resultados mais amplos do que o simples aprovisionamento de bens e serviços necessários à satisfação das necessidades dos entes estatais." (*Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*, 4ª ed., p. 62).

redução de preços e elevação da qualidade, interessando a todos o maior aproveitamento dos recursos públicos escassos, a fim de se obter maiores e melhores benefícios à coletividade.

Como bem observa Marçal Justen Filho:

Há equívoco em supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração Pública. Quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante de cargo público. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. O ato convocatório deverá definir, de modo objetivo as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração Pública. Como afirma Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, "a desigualdade não é repelida, o que se repete é a desigualdade injustificada" (JUSTEN FILHO, 2011, p. 451).

Por derradeiro, o mesmo autor ainda esclarece que, em relação o processo licitatório, a isonomia manifesta-se em dois momentos distintos: na elaboração do ato convocatório e no curso do certame. No primeiro, são determinados os critérios de diferenciação que a Administração optará para escolher o contratante, os quais deverão ser os mais objetivos possíveis. No segundo, a Administração verifica quem, concretamente, preenche as condições para ser contratado (JUSTEN FILHO, 2013, p. 60).

1.3.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade constitui-se em pedra angular do Estado de Direito, uma vez que este, ao erigir a lei como seu elemento motriz, condiciona sua atuação e o alcance de seus desideratos à observância daquilo nela previsto, tendo como norte orientador o texto constitucional, com base no qual a lei retira seu fundamento de validade.

Discorrendo brevemente acerca das raízes históricas do sobredito princípio, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro assenta que:

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites de atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direito em benefício da coletividade (DI PIETRO, 2013, p. 64).

Dessa forma, no direito administrativo, o princípio reflete a subordinação da atividade administrativa ao império da lei, o que significa dizer que a Administração Pública não poderá, por intermédio de ato administrativo, criar, alterar ou extinguir direitos ou obrigações referentes aos administrados.

Nessa linha, com precisão póstuma invejável, Hely Lopes Meirelles bem definiu o conteúdo de tal princípio, ao ponderar que "na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza". (MEIRELLES, 2011, p. 89)

Assim, deve-se ter em mente que "a Administração Pública cumpre a lei; e os agentes administrativos exercem competência atribuída por lei, nos termos dela". (NIEBUHR, 2005, p. 42)

A propósito do tema, cumpre esclarecer que o Pregão, por integrar o rol das modalidades licitatórias, tem seus contornos e sistemática devidamente estabelecidos em lei, razão pela qual quaisquer outros comandos infra-legais que não tenham por escopo possibilitar-lhe única e exclusivamente sua concreção — à luz dos parâmetros legalmente definidos — devem ser reputados inevitavelmente ilegais, ou melhor, inconstitucionais.

1.3.3 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade está nitidamente relacionado aos padrões morais que regem uma sociedade, os quais se refletem em comportamentos reputados como honestos e virtuosos pelos membros de mesma sociedade. No âmbito administrativo, a moralidade reforça a observância ao princípio da legalidade — ampliando seu espectro de atuação — ao evitar que agentes administrativos desnaturem as competências que lhes forem atribuídas por lei para a prática de atos incompatíveis com os valores fundamentais da sociedade (NIEBUHR, 2005, 43).

Assim, numa visão ampla, ainda que o comportamento da Administração ou do particular que com ela se relaciona esteja em consonância com a lei, isso não impede que a conduta visada seja moralmente reprovável. Embora legalmente acertada, pode a conduta ir de encontro à moral, aos bons costumes, às regras de boa administração, aos princípios de justiça e de equidade, à ideia comum de

honestidade, o que redundará em ofensa ao princípio da moralidade administrativa (DI PIETRO, 2013, p. 79).

É dizer, a mera legalidade da conduta não significa, *a priori*, mostrar-se ela compatível com os padrões morais vigentes em dada sociedade. O território da Moral é relativamente mais amplo que o do Direito, até porque este último encontra-se contido naquele.

Esse princípio ganha especial importância no campo das licitações — e também no dos contratos administrativos —, haja vista que o cotidiano e os noticiários demonstram inúmeras ocorrências de práticas altamente perniciosas à lei e também aos padrões morais que regem o corpo social. Nesse sentido, Marçal Justen Filho esclarece que:

Na licitação, a conduta moralmente reprovável acarreta nulidade do ato ou do procedimento. Existindo imoralidade, afasta-se a aparência de cumprimento à lei ou ao ato convocatório. A conduta do administrador público deve atentar para o disposto na regra legal e nas condições do ato convocatório. Isso é necessário, mas não suficiente, para validade dos atos. **A moralidade e a probidade administrativas são princípios de conteúdo inespecífico, que não podem ser explicados de modo exaustivo.** A explicitação, nesse ponto, será sempre aproximativa. **Extrai-se a intenção legislativa de que a licitação seja norteadada pela honestidade e seriedade.** Exige-se a preservação do interesse coletivo acima do interesse egoístico dos participantes da licitação ou da mera obtenção de vantagens econômicas para a própria Administração. Os princípios aplicam-se tanto à conduta do agente da Administração como à dos próprios licitantes (JUSTEN FILHO, 2013, p. 76).

Muito difundidos são os benefícios de economia e agilidade propiciados pelo Pregão. Nada obstante, na maior parte das vezes, olvida-se o importante papel realizado por ele na promoção da moralidade administrativa — mormente quando se faz uso de sua forma eletrônica — através de um conjunto instrumental que possibilita um acurado controle dos atos praticados ao longo do certame, pois desenvolvidos num ambiente — o virtual — menos propenso a investidas fraudulentas de licitantes ou, até mesmo, de agentes da Administração.

1.3.4 Princípio da Impessoalidade e do Julgamento Objetivo

No âmbito das licitações, a análise conjunta de ambos os princípios mostra-se pertinente, haja vista que se complementam mutuamente. Enquanto a impessoalidade pressupõe a proibição de preferências ou aversões em relação à pessoa dos licitantes que disputam o objeto do certame, significando tratamento igualitário, em termos de direitos e obrigações, a ser dispensado a todos aqueles que pretendem contratar com a Administração; o princípio do julgamento objetivo "propugna abstrair ao máximo o subjetivismo no cotejo das propostas apresentadas" (NIEBUHR, 2005, p. 47).

Desse modo, o princípio da impessoalidade,¹⁶ como bem ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, relaciona-se com a *finalidade pública* que deve permear a atividade administrativa, motivo pelo qual não pode atuar de modo a prejudicar ou beneficiar determinadas pessoas, haja vista que é o *interesse público* quem deve direcionar sua atuação (DI PIETRO, 2013, p. 68). E para garantir tal desiderato mister se faz o estabelecimento de um julgamento objetivo para "impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora" (MELLO, 2010, p. 542).

Dito de outro modo, é necessário que as "regras do jogo" estejam previamente estabelecidas de modo claro e sejam postas à disposição de todos, a fim de que tenham sua pertinência aferida em função das exigências que demandam a situação concreta, uma vez que não se concebe julgamento objetivo pautado em critérios de conhecimento único e exclusivo de uma só pessoa, o que inarredavelmente conduziria a subjetivismos. Torna-se, portanto, imprescindível a publicação de uma "cartilha" na qual serão elencadas as regras que regerão a dinâmica das questões postas em jogo. Essa "cartilha" nada mais é que o instrumento convocatório, isto é, o edital.

Por dedução lógica, como bem obtempera Joel de Menezes Niebuhr, o julgamento objetivo "agrega-se ao instrumento convocatório, pois os critérios do julgamento nele estão previstos. Neste desígnio, o julgamento objetivo é aquele que

¹⁶ O princípio da impessoalidade, a bem da verdade, não é senão uma faceta do princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da CF.

se dá na estrita conformidade dos parâmetros prefixados no edital" (NIEBUHR, 2005, p. 47).

Como se denota, os princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao edital são instrumentos de concreção da isonomia e da moralidade administrativa (nela incluída a legalidade), tendo em vista que "constituem garantias formais dos particulares em relação à Administração Pública, fazendo com que o certame do início ao fim se deite sobre critérios claros e impessoais" (NIEBUHR, 2005, 48).

Por derradeiro, não menos importante é a acepção conferida ao princípio da impessoalidade delineada por José Afonso da Silva, calcado nos ensinamentos do eminente administrativista platino Agustín Alberto Gordillo. Para o aludido constitucionalista, a impessoalidade serve à preservação da neutralidade da atividade administrativa, que se consubstancia na proibição de promoção pessoal de agentes políticos ou administrativos por meio de suas realizações administrativo-governamentais. Com propriedade e perspicácia que lhe são correlatas, aludido constitucionalista afirma:

O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, **mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato.** Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal. [...] **As realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira.** A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no **§ 1º do artigo 37**, proíbe conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos. (SILVA, 2008, p. 667)

De fato, no campo das contratações públicas, no caso de realização de obras e serviços de engenharia de expressivos impactos no cotidiano da população, não é incomum — para não dizer uma praxe — a personificação dos atos administrativos mediante a divulgação de que tal ou qual obra, programa ou serviço foram realizados na gestão de determinado governante. Trata-se, a toda evidência, de prática moralmente condenável. A uma, porque a ninguém é dado valer-se de sua função ou posição pública para lograr vantagens de cunho pessoal, haja vista que sua atuação deve estar sempre pautada em vista da promoção do interesse público, conforme prescrito em lei. A duas, porque a concretização de tais resultados deve ser atribuída ao órgão ou entidade administrativa ao qual o agente se vincula e representa, ou seja, é à Administração Pública a quem se atribui a prática de tais

ações, pois a ela cabe esse nobre fardo, sendo o agente político ou administrativo mero elemento volitivo e transitório no cenário administrativo-republicano.

1.3.5 Princípio da Publicidade

Fruto da concepção republicana,¹⁷ o princípio da publicidade parte do pressuposto de que as ações e as decisões tomadas pelo Estado devem ser disponibilizadas ao conhecimento de todos os integrantes da sociedade, a fim de que possam ter ciência das realizações e dos rumos tomados no âmbito da atividade de gestão do Estado. Em se tratando de licitação *pública*, trata-se de princípio indispensável ao resguardo da isonomia entre os concorrentes, uma vez que esta só será viabilizada caso todos os potenciais interessados tenham condições plausíveis de obter informação acerca da abertura e dos detalhes referentes a determinado certame.

O professor Marçal Justen Filho, com peculiar propriedade, aponta que o princípio da publicidade desempenha duas funções:

Permite o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universalidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade propicia a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos (JUSTEN FILHO, 2011, p.454).

Quanto ao Pregão, assim como em relação às demais licitações, torna-se imprescindível a publicação de seu ato convocatório, além de que todos os seus atos são acessíveis ao público, podendo qualquer indivíduo da sociedade comparecer à sessão onde ocorre o certame. Convém salientar que, mesmo no âmbito eletrônico, é franqueado o acesso ao público em geral, bastando apenas que o interessado disponha de um computador com acesso à *Internet*.

¹⁷ A palavra *república* tem sua origem na expressão latina *res publica*, que significa coisa pública.

1.3.6 Princípio da Eficiência

A noção de eficiência¹⁸ veio a ser positivada no Direito Brasileiro a partir da Emenda Constitucional n. 19/98, a qual não apenas lhe dispensou um privilegiado tratamento constitucional, como também a erigiu ao nível de princípio basilar da Administração Pública, agregando-se ao quarteto de princípios que já compunha o art. 37, *caput*, da CF.

Acerca das repercussões jurídicas causadas pela incidência do princípio da eficiência no âmbito da função administrativa,¹⁹ a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro sucintamente pondera que:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público (D PIETRO, 2013, p. 84).

Mais especificamente, no campo das licitações, o princípio da eficiência manifesta-se por meio da operação conjunta de três variáveis, que compõem seu tripé de sustentação: preço, qualidade e celeridade. Nessa perspectiva, vêm bem a calhar as lições do professor Joel de Menezes Niebuhr:

A eficiência em licitação pública gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade. Daí que do princípio da eficiência, mais abrangente, decorre outros princípios, entre os quais o do justo preço, o da seletividade, o da celeridade e o da finalidade. O princípio do justo preço demanda que a Administração não assuma compromissos com preços fora de mercado, especialmente com preços elevados. O princípio da seletividade requer cuidados com a seleção do contratante e da proposta, relacionando-se diretamente com a qualidade do objeto contratado. O princípio da celeridade envolve o tempo necessário para realizar a licitação, que deve ser o mais breve possível. E o princípio da finalidade presta-se a enfatizar que a licitação não é um fim em si mesmo, mas instrumento para que a Administração celebre contratos e, com eles, receba utilidades de terceiros, para que possa satisfazer aos interesses da

¹⁸ Frisa-se, antes de tudo, que, segundo José Afonso da Silva, "eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades", alegando que ele "orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados". (Curso de Direito Constitucional, 32ª ed., p. 671.)

¹⁹ Segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a realização de atividade administrativa envolve o exercício de *função*. Esta, por sua vez, ocorre quando alguém está sujeito ao *dever* de buscar, no *interesse de outrem*, o atendimento de certa *finalidade*. Isto é, há um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro (*Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed., p. 98)

coletividade e cumprir a sua missão institucional. Logo, tais princípios, repita-se, do justo preço, da seletividade, da celeridade e da finalidade remetem ao princípio mais abrangente da eficiência. Ora, a observância de todos, em conjunto, revela a tão almejada eficiência (NIEBUHR, 2005, p. 39).

Mas daí não se pode concluir que a eficiência deva ser o ponto central em torno do qual orbitam os demais valores e princípios cultivados pelo sistema jurídico. É dizer, o princípio da eficiência "não pode ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação da que é o dever administrativo por excelência" (MELLO, 2010, p. 122).

No ímpeto dessas considerações, Marçal Justen Filho lança um alerta aos incautos sobre a falácia da eficiência:

É necessário insistir em que o princípio da eficiência não se superpõe aos princípios estruturantes da ordem jurídica. Não se pode transigir quanto à configuração de um Estado Democrático de Direito, nem pretender validar atos defeituosos mediante o argumento das escolhas economicamente mais vantajosas. A adoção da democracia não é uma questão econômica. Não se pode escolher e eleger através de critério econômico uma solução incompatível com a ordem democrática. [...] Pode dizer-se que o princípio da eficiência é derivado e secundário: apenas se aplica após se verificar a compatibilidade de diferentes soluções com os princípios jurídicos fundamentais. A eficiência tem de ser um atributo do Estado Democrático de Direito, nunca bastará um Estado eficiente, se não for democrático (JUSTEN FILHO, 2005, 222).

Com efeito, o princípio da eficiência surge como um importante vetor constitucional que, ao ser conjugado aos demais, deverá permear o modo de organização e atuação da Administração Pública. Reflexo dessa concepção é o próprio Pregão, cujos objetivos revelam-se justamente na busca pela tão almejada eficiência.

1.3.7 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Em passagem jurídica ontológica, nunca repetida à exaustão, Hely Lopes Meirelles certa vez asseverou que "o edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu" (MEIRELLES, 2011, p. 290).

De fato, a referência a uma lei interna denota, por dedução, a existência de lei — ou leis — externa(s) em relação à(s) qual(is) a licitação também deve subserviência. De modo que podemos relacionar dois planos normativos distintos: o

primeiro destinado a estabelecer um quadro normativo prévio, dentro do qual são estabelecidas as diretrizes do procedimento licitatório, bem como os limites da competência discricionária a serem exercidos pela autoridade administrativa na futura contratação; e o segundo constituindo um conjunto de regras elencadas *ad hoc*, isto é, estipuladas para uma contratação certa e determinada, que corresponde a uma "margem de autonomia"²⁰ conferida à Administração com a finalidade de moldar os caracteres do certame às minúcias do caso concreto.

Acerca desse processo de "afunilamento" da competência discricionária outorgada à autoridade administrativa, atinente ao juízo de conveniência e oportunidade prévio que esta deve realizar sobre (a) o objeto a ser contratado; (b) os requisitos de participação; e (c) os critérios de seleção da proposta vencedora, até a posterior exteriorização e disponibilização do ato convocatório a terceiros, com o exaurimento dessa competência discricionária, o professor Marçal Justen Filho pondera:

Seria inviável transformar o procedimento licitatório numa atividade integralmente vinculada à lei. Isso acarretaria a necessidade uma lei disciplinando cada licitação. A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa. Uma vinculação assim ampla e exaustiva seria tão prejudicial e indesejável quanto a total liberação do administrador para formalizar o contrato que melhor lhe aprouvesse. Então, a lei estabelece os limites gerais a serem observados pela Administração, atribuindo-lhe competência para exercitar escolhas dentro desses parâmetros predeterminados. A lei atribui competência para a Administração definir as condições da contratação administrativa. Por outro lado, a lei determina que a discricionariedade da Administração deverá ser progressivamente exaurida (JUSTEN FILHO, 2013, p. 73).

Diante disso, mencionados requisitos e critérios, após a publicação e disponibilização do ato convocatório, devem ser plenamente observados ao longo do procedimento licitatório, seja pelos licitantes seja pela Administração.

Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho, o instrumento convocatório desempenha a função de resguardar juridicamente tanto administrador quanto administrados, haja vista que as regras estabelecidas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Desrespeitadas tais regras, o procedimento torna-se inválido, podendo sofrer correção na via administrativa ou judicial (CARVALHO FILHO, 2009, p. 234).

²⁰ A expressão é de Marçal Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 2013, 15ª ed., p. 73).

Neste sentido, Joel de Menezes Niebuhr assevera:

No edital, a Administração Pública deverá consignar o que pretende contratar, ou seja, qual o objeto do contrato e, por dedução, da licitação pública, com todas as suas especificidades. Os licitantes, ao analisarem o edital, devem ter condições de precisarem tudo o que serão obrigados a fazer, caso saiam vencedores do certame. E, por outro lado, a Administração Pública só pode exigir aquilo que efetivamente estiver no edital, salvo se alterar o contrato, dentro das balizas legais, restabelecendo o equilíbrio econômico-financeiro. Demais disso o instrumento convocatório deve indicar os documentos a serem apresentados pelos licitantes para que eles sejam habilitados no certame. E, ainda, em linha geral, deve enunciar os critérios objetivos a serem levados em conta para cotejar as propostas (NIEBUHR, 2005, p. 42).

Por oportuno, não é demais lembrar que a estipulação de exigências desnecessárias ou impertinentes prejudica o processo de seleção da proposta mais vantajosa à Administração, ao afastar potenciais fornecedores ou promover o aumento dos preços oferecidos.

Finalmente, cabe ponderar que o princípio da vinculação ao ato convocatório não significa estar a Administração impedida de rever ou retificar *a posteriori* eventuais equívocos contidos no bojo daquele, podendo ser "corrigido a tempo através de aditamento ou expedição de um novo [instrumento convocatório], sempre com republicação e reabertura de prazo, desde que a alteração afete a elaboração das propostas". (MEIRELLES, 2011, p. 291)

1.3.8 Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade

De início, colaciona-se interessante abordagem, da lavra de Joel de Menezes Niebuhr, acerca do papel dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no âmbito do direito administrativo e das contratações administrativas:

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são fundamentais para o controle da discricionariedade concedido em favor dos agentes administrativos. Ocorre que, inúmeras vezes, a Lei não predetermina a melhor solução para o interesse público, mas outorga aos agentes administrativos a competência para fazê-lo, em vista das peculiaridades dos casos concretos que lhes são apresentados. Na licitação pública e, também, na modalidade pregão, os agentes administrativos devem praticar uma série de atos no exercício de competência discricionária, tais quais os atos de definição do objeto da licitação, dos quantitativos a serem exigidos nos atestados de capacitação técnica, dos índices contábeis, da medida da sanção administrativa a ser aplicada em relação a licitantes faltosos, etc. Daí a importância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que se prestam a servir de parâmetro a tais competências discricionárias,

rechaçando atos arbitrários e injustos, incompatíveis com o interesse público (NIEBUHR, 2005, p. 45). (grifo nosso)

Sinteticamente, o princípio da razoabilidade traz a lume a ideia de que as diversas manifestações estatais não só devem obrigatoriamente adequar-se aos ditames da legalidade, como também devem buscar amparo em justificativas de cunho lógico e racional, com base naquilo que prega o bom senso, de modo a não comportar providências irracionais, incoerentes, desatinadas, despropositadas ou, até mesmo, absurdas, em detrimento da legalidade. Referido princípio, portanto, prega a compatibilidade dos atos estatais aos padrões de normalidade reinantes no seio de determinada sociedade.

A par de constituir-se em pauta de conduta, atuando em momento anterior à edição do ato, o princípio da razoabilidade também exerce papel de controle da atuação do Estado, porquanto, ao constituir-se em decorrência natural do princípio da legalidade, e partindo-se do pressuposto de que a lei não comporta previsões desarrazoadas, quaisquer ações que violem os limites daquele princípio inevitavelmente incidirão no terreno da ilegalidade, razão pela qual deverão ser fulminadas de pronto, seja pelo Poder Judiciário, seja pela Administração Pública. Sob esta ótica, o princípio da razoabilidade é relevante instrumento destinado a coibir abusos no exercício das variadas funções estatais (executiva, legislativa, judicial e governamental), desempenhando papel de destaque num Estado Democrático de Direito.

Acerca da sua ligação umbilical com o princípio da legalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece:

Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados). Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o 'mérito' do ato administrativo, isto é, o campo de liberdade conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita 'liberdade' é liberdade *dentro* da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos (MELLO, 2010, p. 109).

Dessa constatação, decorre o fato de que a violação ao princípio da razoabilidade nada mais é que uma transgressão direta ao princípio da legalidade, como bem ressalta José dos Santos Carvalho Filho:

Quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a idéia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio: ou a ação vulnera o princípio e é ilegal, ou, se não o ofende, há de ser qualificada como legal e inserida dentro das funções normais cometidas ao administrador público (CARVALHO FILHO, 2009, p. 39).

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade, para a maior parte da doutrina administrativista brasileira,²¹ constitui-se numa faceta do princípio da razoabilidade, com algumas pequenas diferenças. Pode-se dizer, então, que o princípio da proporcionalidade vincula-se à ideia de que as manifestações estatais "só podem ser *validamente* exercidas na *extensão* e *intensidade* correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas" (MELLO, 2010, p. 110).

Deve haver, portanto, uma compatibilização entre meios e fins na edição de atos estatais, de modo que o conteúdo de seus efeitos limite-se àquilo que é estritamente necessário ao atendimento do interesse público. Dessa forma, os atos cujos conteúdos "ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam conspurcados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhe corresponderiam", adentrando, pois, na ilegalidade (MELLO, 2010, p. 110).

Ao ressaltar o entrelace do aludido princípio com o princípio da legalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello bem aduziu:

Quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público (MELLO, 2010, p. 110).

Todavia, cumpre ponderar que a proibição de excessos, no que tange à aferição do raio de atuação e escala de gradação dos atos estatais, não significa —

²¹ Importantes são as considerações de Virgílio Afonso da Silva sobre alguns dos vários aspectos que permeiam a dissecação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no que concerne às suas origens, estruturas, modos de aplicação e finalidades buscadas (*O proporcional e o razoável*, v.798, abr. 2002, p. 23-50).

como fazem uns crer — salvo-conduto para imiscuir-se em terreno abrangido pelo mérito administrativo, no qual o dever-poder discricionário atribuído ao administrador é peça fundamental para adoção de medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei. Até porque, sendo o mérito administrativo liberdade conferida dentro da lei, segundo possibilidades nela comportadas, carecerá propósito para questionar a proporcionalidade do ato visado, haja vista que o controle exercido por tal princípio é realizado em âmbito diverso, isto é, nas adjacências que extrapolam os limites da(s) finalidade(s) buscada(s) em lei.

É o que ressalta, com concisão que lhe é peculiar, José dos Santos Carvalho Filho:

O princípio, que grassou no Direito Constitucional, hoje incide também no Direito Administrativo como forma de controle da Administração Pública. É necessário, contudo, advertir que, embora o aludido princípio possa servir como instrumento de controle da atividade administrativa, sua aplicação leva em conta, repita-se, o excesso de poder. Não pode, porém, interferir no critério discricionário de escolha lícita de atuar, oportunidade em que estará exercendo legitimamente seu poder de administração pública. Em consequência, sua aplicação exige equilíbrio e comedimento por parte do julgador, que deverá considerar com acuidade todos os elementos da hipótese sob apreciação; se não o fizer, ele mesmo será o agente violador do princípio que pretende aplicar (CARVALHO FILHO, 2009, p. 39).

1.3.9 Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável

A promoção do desenvolvimento nacional sustentável passou a integrar o rol de princípios alusivos à licitação através de alteração promovida pela Lei n. 12.349/10 no *caput* do art. 3º da Lei n. 8.666/93. Como informa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a inserção de tal norma programática "liga-se à ideia de que é possível, por meio de procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente" (DI PIETRO, 2013, p. 286).

Muito embora esteja prevista como uma novel finalidade a ser buscada pela licitação, cumpre esclarecer que assim não o é. Com efeito, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, antes de se constituir num escopo a ser alvejado pela *licitação*, é finalidade da *contratação administrativa*. O responsável por promover oportuno alerta foi Marçal Justen Filho que, ao discorrer sobre a ressalva, asseverou:

Há duas questões inconfundíveis, que são as finalidades da licitação e as finalidades da contratação administrativa. Ora, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável não é uma finalidade da licitação, mas contratação administrativa. A licitação é um mero procedimento seletivo de propostas - esse procedimento não é hábil a promover ou a deixar de promover o desenvolvimento nacional sustentável. O que o legislador pretendia era determinar que a contratação pública fosse concebida como um instrumento interventivo estatal para produzir resultados mais amplos do que o simples aprovisionamento de bens e serviços necessários à satisfação das necessidades dos entes estatais (JUSTEN FILHO, 2013, p. 62).

Com razão, o que o citado autor pretender transmitir é que a licitação não é um fim em si mesmo. Antes, é servil instrumento para efetivação de uma contratação administrativa, de imponderável relevância socioeconômica; essa, sim, é quem irá prover a satisfação de interesses públicos, por meio de realizações no mundo concreto.

Nesse sentido, mais uma vez, as palavras do preclaro professor paranaense trazem luz à discussão:

É evidente, no entanto, que a alteração imposta pela Lei n. 12.349 afeta não apenas a modelagem e a função dos contratos administrativos. Também afeta a licitação. Mas a afeta não por acarretar uma nova finalidade para ela, mas porque o conceito de vantagem a ser buscada adquire novos contornos. A licitação passa a ser orientada a selecionar a proposta mais vantajosa inclusive sob o prisma do desenvolvimento nacional sustentável. [...] O contrato administrativo é um instrumento para a Administração satisfazer necessidades imediatas, tais como a aquisição do domínio de bens móveis ou imóveis, a obtenção de serviços e assim por diante. Mas o contrato administrativo também propicia à Administração o atingimento de fins mediatos, de modo que o contrato administrativo pode ser um instrumento da realização de políticas públicas mais amplas. [...] Sob o prisma microeconômico, as contratações destinam-se a assegurar a satisfação das necessidades com a maior eficiência possível. Trata-se de buscar a maior vantagem, o que significa obter a prestação mais adequada mediante o menor desembolso possível. Sob o enfoque macroeconômico, as contratações públicas são instrumento para promover o desenvolvimento nacional sustentável. Isso significa que as contratações públicas serão um meio para fomentar e assegurar o emprego da mão de obra brasileira e o progresso da indústria nacional, mas preservando o equilíbrio do meio ambiente (JUSTEN FILHO, 2013, p. 64).

É preciso compreender, portanto, que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável constitui-se em mais outro critério destinado a nortear a escolha da proposta mais vantajosa à Administração. Isso quer dizer que a avaliação das vantagens da proposta não mais poderá calcar-se em critério unicamente econômico, devendo incidir sobre ela outras diretrizes pautadas na noção de sustentabilidade, que permearão o conteúdo da proposta.

Mas daí não decorre que haverá uma preponderância do primado da preservação ambiental em detrimento dos demais valores escudados pela licitação, tais como isonomia e eficiência. De fato, não existe hierarquia entre tais valores, de sorte que todos eles deverão ser levados em consideração na seleção da proposta mais vantajosa. O que significa reconhecer que "nem sempre a proposta mais compatível com a proteção do meio ambiente será aquela economicamente mais vantajosa" (JUSTEN FILHO, 2013, p. 67), justamente por não ser o único critério alvo de análise.

Por conta disso, uma vez especificados objetivamente no instrumento convocatório os critérios - econômicos e sustentáveis - que balizarão a escolha da proposta mais vantajosa à Administração, não há que se falar em infringência à isonomia, sob o argumento de que nem todos os proponentes dispõem da capacidade de adequar suas propostas às exigências de sustentabilidade previstas em edital.

Isso porque, a par da prévia publicação das regras da competição, o que oportuniza certo lapso para que haja adequação das propostas às suas exigências, a promoção do desenvolvimento sustentável — mais do que simples critério de escolha — restou erigida como meta fundamental a ser perseguida pela contratação administrativa, de modo que o seu alcance inevitavelmente conduz ao amoldamento da licitação às suas diretrizes. De outro norte, é evidente que, na avaliação da escolha mais adequada, não se autoriza a adoção de critérios despropositados, o que deverá ser analisado à luz do princípio da proporcionalidade, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Fixadas referidas premissas, passa-se, por fim, à elucidação do que vem a ser a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Sinteticamente, aludido conceito liga-se a ideia de um equilíbrio que deve pautar o processo de produção de riquezas, de um lado, e o resguardo do meio ambiente, de outro, eis que o primeiro é intimamente dependente do segundo. Assim, através do equilíbrio dessas concepções, busca-se promover a viabilidade da vida humana digna, tanto no presente quanto no futuro.

É o que esclarece, com propriedade, o nunca assaz citado Marçal Justen Filho:

O desenvolvimento sustentável foi definido como aquele 'que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações

futuras de suprir suas próprias necessidades'. Essa definição refletiu a constatação de que a utilização dos recursos naturais e os reflexos da industrialização afetam a possibilidade da sobrevivência da Humanidade em condições de dignidade. Em essência, o processo de desenvolvimento demanda o consumo de bens e riquezas, a alteração da configuração da Natureza e a produção de dejetos potencialmente nocivos ao ambiente. Portanto, o conceito de desenvolvimento sustentável envolve o compromisso não apenas com a produção de riquezas, mas também com a preservação dos recursos.[...] Em outras palavras, o conceito de desenvolvimento nacional sustentável apresenta uma dimensão ótima e ideal. Compreende os casos em que é possível obter resultados plenamente satisfatórios de crescimento econômico e aperfeiçoamento social mediante prática que acarretam danos relevantes e permanentes para o meio ambiente (JUSTEN FILHO, 2013, p. 64).

1.4 Análise de dados e resultados

A introdução do Pregão no cenário jurídico brasileiro, acompanhada de sua paulatina estabilização normativa, talvez tenha sido um dos raros exemplos de decisão legislativa na qual parâmetros racionais, numéricos e científicos prevaleceram sobre os corriqueiros critérios meramente políticos, contingenciais ou midiáticos.

Com efeito, a falta de raciocínio e reflexão mais ponderados por parte dos responsáveis pelo processo de elaboração das leis, aliada à adoção de modismos e interesses unicamente eleitoreiros, acabam por distorcer e depravar o relevante papel atribuído à lei. Reflexo disso é que não é novidade alguma que parcela considerável da legislação brasileira padece de preocupantes defeitos de técnica legislativa e jurídica, quando não sucumbe, no plano concreto, em razão de ínfimos níveis de lógica. Textos legislativos confusos, juridicamente ilógicos, semanticamente vazios e sistematicamente incoerentes multiplicam-se aos montes,²² exigindo que juristas e operadores do direito não só detenham o poder de decifrá-los, mas também a habilidade de retorcê-los, por meio de mirabolantes contorcionismos exegéticos, em busca de algum sentido compreensível.

Exemplo disso é a Lei n. 8.666/93, que é uma espécie de *frankenstein* dobrado em esfinge, impondo ao intérprete o enigma de decifrá-la ou ser por ela devorado. Com a infeliz agravante de que a maioria desses intérpretes, composta de leigos em matéria de direito, certamente trilhará o fim trágico.

²² Nem se comente acerca das legislações estaduais e, principalmente, municipais, onde a situação é ainda pior, para não dizer calamitosa.

Ademais, em casos extremos, não raro se reconhece — quando não há mais mágica hermenêutica que dê jeito — o equívoco conceitual do legislador, passando-se à elaboração de remendos doutrinários e/ou jurisprudenciais.

De toda sorte, e antes que se argumente, não se pretende, com as últimas colocações, sobrepor a legislação correlata ao Pregão num pedestal, demonizando as demais. Pelo contrário. Admite-se as vicissitudes que a permeiam, principalmente as decorrentes da esfera regulamentar. Em realidade, o que se quis inicialmente prestigiar — é bom deixar claro — foram as louváveis motivações e os exitosos experimentos que possibilitaram a consolidação do Pregão como uma modalidade de licitação de enorme aceitação na prática administrativa, responsável por enormes préstimos.

Sem dúvida, seu peculiar surgimento e sua gradual acomodação — ocorrida por etapas — no Direito Brasileiro guardaram estrita relação com os crescentes níveis de percepção acerca de sua exitosa aplicação ao longo do tempo. Isso repercutiu na paulatina ampliação do campo de atuação do Pregão até sua consagração máxima num diploma legislativo estável, de abrangência nacional e vinculante a todas as órbitas governamentais: a Lei n. 10.520/02.

Nessa perspectiva, a fim de comprovar tais resultados positivos, far-se-á uma sucinta explanação das conclusões alcançadas por meio de dois relatórios veiculados pelo governo federal, através de sua Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação — SLTI, órgão vinculado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre os números e resultados das contratações públicas nessa esfera de atuação governamental.

O primeiro deles, que tem o ano de 2011 como paradigma comparativo, corresponde a um relatório mais detido sobre certas variáveis envolvidas nos processos de contratações públicas. Devido à considerável extensão desta pesquisa, e por limitações de espaço, salienta-se que serão abordados apenas aqueles resultados pertinentes à temática do Pregão, em detrimento dos demais.

Já o segundo relatório compreende uma análise geral e perfunctória das informações relativas ao universo das contratações administrativas durante o ano de 2012 (janeiro a novembro), com base no qual serão expostos os principais resultados do aludido período, pretendendo fornecer ao leitor um quadro geral — ao menos em nível federal — sobre a situação das contratações públicas no Brasil.

Salienta-se que eventuais relações e/ou conclusões obtidas pelo autor serão devidamente identificadas. No mais, se reproduz em sua integralidade o relatório executivo que acompanha as demonstrações gráficas das pesquisas, com uma ou outra alteração na ordem das conclusões.

Adianta-se que o pregão, notadamente a sua forma eletrônica, exerceu papel preponderante — para não dizer hegemônico — no contexto das aquisições governamentais.

1.4.1 Relatório de 2011²³

O presente relatório, realizado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, envolveu uma ampla e detalhada apreciação dos dados atinentes às contratações públicas do ano de 2011, acompanhada de um confronto com os dados relativos aos períodos anteriores, desde o ano de 2002.

Desse modo, as análises estatísticas realizadas possibilitaram variados ângulos de percepção quanto ao assunto estudado, tendo como parâmetro as seguintes variáveis: a) *número de processos de compra*; b) *números de itens de compra*; e c) *valor homologado de compra*. Tais variáveis, por sua vez, tiveram seu comportamento avaliado perante uma miscelânea de critérios. Por conta disso, em virtude da abrangência da pesquisa e da quantidade de informações disponibilizadas, optou-se por relatar apenas as temáticas em que, direta ou indiretamente, o Pregão restou envolvido, com vistas a aferir o desempenho e a evolução desta modalidade licitatória ao longo dos últimos anos, quando confrontada frente às demais.

Por razões didáticas, segue abaixo um índice temático²⁴ com as variáveis e critérios adotados na obtenção dos resultados e posteriores conclusões:

²³ O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão apresenta dados referentes às compras governamentais no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, extraídos do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – SIASG, **no período de janeiro a dezembro de 2002 a 2011**. Essas informações procuram demonstrar os diferentes aspectos das referidas compras com base em diversos indicadores, obtidos a partir das variáveis **número de processos de compra, número de itens de compra e valor homologado de compra**. É mister informar que em todas as comparações dos valores de compra relacionadas ao seu crescimento ao longo de vários anos, esses valores foram corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Dessazonalizado (IPCA)¹ com base no ano de 2011. Além disso, é importante mencionar que os dados de compras referem-se **apenas às Unidades Administrativas de Serviços Gerais – UASG participantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG**.

I. ESTATÍSTICAS GERAIS DAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS.

a. Participação no número de processos de compras, por *modalidade* (2011);²⁵

- Dispensa & Inexigibilidade — 86% (206.000)
- Pregão Eletrônico — 13% (32.000)
- Demais modalidades — 1% (3.000)

✚ Vide Figura 1, em anexo.

- ✓ Em relação ao número total de processos de compras realizados no ano de 2011, percebe-se uma participação preponderante de casos de dispensa e inexigibilidade, o que denota a sua ampla utilização por parte dos administradores, não significando, em contrapartida, que tais casos sejam responsáveis pela maior parte dos gastos com aquisições, como será demonstrado abaixo.

b. Participação no valor de compras, por *modalidade* (2011);²⁶

- Pregão Eletrônico — 48% (R\$ 24,5 bi)
- Dispensa & Inexigibilidade — 37% (R\$ 19,1 bi)
- Concorrência — 12% (R\$ 6,4 bi)
- Demais modalidades — 3% (R\$ 2 bi)

✚ Vide Figura 1, anexo.

- ✓ No que tange à participação nos gastos com aquisições durante o ano de 2011, verifica-se uma significativa participação do pregão eletrônico, sendo responsável por praticamente a metade de aludidos dispêndios, no que se segue pelos casos de dispensa e inexigibilidade.

c. Curva ABC²⁷ do valor de compras, segundo o *grupo de materiais* (2011);

- Equipamento e artigos para uso médico, dentário e veterinário — 28%
- Livros, mapas e outras publicações — 12%
- Instrumentos e equipamentos de laboratório — 11%
- Subsistência — 7%
- Veículos — 6%
- ✓ Este tópico revela os grupos de materiais com maior participação nos gastos realizados ao longo do ano de 2011. Como se percebe, a quase unanimidade dos itens pertencentes a esses grupos é composta de bens e serviços comuns.

²⁴ Cabe salientar que a estrutura principal do estudo — em três grandes tópicos — restou inalterada. O que o autor fez foi unicamente escolher, dentre as situações de análise, aquelas que, direta ou indiretamente, guardavam relação com a temática em estudo, isto é, a modalidade Pregão.

²⁵ Os números foram arredondados para uma melhor visualização.

²⁶ Os percentuais foram arredondados para uma melhor visualização.

²⁷ A curva ABC, baseada no teorema do economista italiano Vilfredo Pareto, é um método de classificação de informações, que tem por finalidade separar os itens de maior importância ou impacto, os quais são normalmente em menor número (CARVALHO, 2002, p. 226).

d. Curva ABC do valor de compras, segundo o *grupo de serviços* (2011);

- Outros serviços de suporte — 12%
- Serviços de engenharia — 11%
- Tipos especiais de serviços de construção — 11%
- Serviços de saúde humana — 6%
- Serviços de consultoria e de gestão — 6%
- ✓ Este tópico revela os grupos de serviços com maior participação nos gastos realizados ao longo do ano de 2011. Há uma considerável participação de serviços de engenharia e tipos especiais de serviços de construção, que abrangem também as obras.

e. Participação no valor de compras, segundo o *tipo de compra [bens e serviços comuns]* (2002-2011)

- ✚ Vide Figura 2, em anexo.
- ✓ Constatou-se uma crescente participação do grupo de bens e serviços *comuns* no total de gastos realizados com bens e serviços no decorrer da última década. O seu ápice ocorreu no ano de 2011, período em que foi responsável por 15% dos gastos.

II. ESTATÍSTICAS DAS COMPRAS DE BENS E SERVIÇOS COMUNS²⁸

a. Estatísticas do *número de processos de compras*:

i. Participação média no número processos de compras, por *modalidade* (2011);

- Pregão Eletrônico — 91%
- Pregão Presencial — 1%
- Outras modalidades²⁹ — 8%

✚ Vide Figura 6, em anexo.

- ✓ No que se refere ao número de processos de compras de bens e serviços comuns realizados durante o ano de 2011, verifica-se uma participação hegemônica do pregão eletrônico, em razão de sua utilização preferencial para aquisição de bens e serviços comuns no âmbito federal (Decreto Federal n. 5.450, art. 4º).

ii. Evolução anual do número processos de compras, por *modalidade* (2002-2011);

✚ Vide Figuras 3 e 4, em anexo.

- ✚ A edição da Lei do Pregão, acompanhada da imposição regulamentar no sentido de torná-lo obrigatório para aquisição de bens e serviços comuns, sendo preferencial a modalidade eletrônica, fez com que houvesse, ao longo da última década, uma

²⁸ Os percentuais foram arredondados para uma melhor visualização.

²⁹ Excluídas as seguintes modalidades: Dispensa de licitação, Inexigibilidade de Licitação e Concorrência por técnica e preço.

vertiginosa queda na utilização da modalidade convite e, em contrapartida, um crescimento geométrico na adoção da sexta modalidade. Houve, inclusive, a partir do ano de 2005, uma considerável queda na utilização da forma presencial que se refletiu na aplicação majoritária da versão eletrônica, quando sua utilização passou a ser preferencial, em razão do Decreto Federal n. 5.450/05.

b. Estatísticas do valor de compras:

i. Participação no valor de compras, por *modalidade* (2011);

- Pregão Eletrônico — 80%
- Outras modalidades³⁰ — 15%
- Pregão Presencial — 5%

📊 Vide Figura 5, em anexo.

ii. Evolução anual do valor³¹ de compras, por *modalidade* (2002-2011);

📊 Vide Figuras 6 e 7, em anexo.

III. ESTATÍSTICAS DO PREGÃO: PRESENCIAL & ELETRÔNICO³²

a. Estatísticas do número de processos de compras:

i. Evolução do número de processos de compras licitados por pregão eletrônico (2002-2011);

📊 Vide Figura 8, em anexo.

ii. Evolução anual da participação no número de processos de compras licitados por pregão eletrônico, em comparação ao *total de bens e serviços comuns licitados* (2005-2011);

📊 Vide Figura 9, em anexo

b. Estatísticas do valor de compras:

i. Evolução do valor de compras licitadas por pregão eletrônico (2002-2011);

📊 Vide Figura 8, em anexo.

ii. Evolução anual de participação no valor de compras licitadas por pregão eletrônico, em comparação ao *total de bens e serviços comuns licitados* (2005-2011);

📊 Vide Figura 9, em anexo.

iii. Curva ABC do valor de compras licitado por pregão eletrônico, por *grupo de materiais*;

- Equipamento e artigos para uso médico, dentário e veterinário — 16%
- Livros, mapas e outras publicações — 11%

³⁰ Excluídas as seguintes modalidades: Dispensa de Licitação, Inexigibilidade de Licitação e Concorrência por Técnica e Preço.

³¹ Valores corrigidos pelo IPCA dessazonalizado (2011 = 100%).

³² Os percentuais foram arredondados para uma melhor visualização.

- Subsistência — 10%

✚ Vide Figura 10, em anexo.

iv. Curva ABC do valor de compras licitado por pregão eletrônico, por *grupo de serviços*;

- Outros serviços de suporte — 14%
- Serviços de telecomunicação e de distribuição de programas — 10%
- Serviços de agências de viagem, operadoras de turismo e guia turístico — 8,5%
- Tipos especiais de serviços de construção — 7%

✚ Vide Figura 11, em anexo.

1.4.2 Relatório de 2012³³

O estudo, embora tenha sido pautado nas mesmas variáveis utilizadas na pesquisa anterior, foi desenvolvido de modo mais sucinto e abrangente, visando a informar aspectos gerais envolvidos nas contratações públicas no ano de 2012. Para comodidade do leitor, os principais resultados da pesquisa estão organizados e sintetizados na tabela abaixo:

Ano Referência — 2012 (Janeiro/Novembro)

Total de Aquisições³⁴ R\$ 43,8 bi — 100%

Dispensa/Inexigibilidade (R\$ 14,7 bi) — (33%)

Licitado (R\$ 29,1 bi) — (67%) → **R\$ 29,1 bi — 100%**

Pregão Eletrônico (R\$ 20,0 bi) — (69%)

Demais modalidades (R\$ 9,1 bi) — (31%)

Licitado (2) **R\$ 29,1 bi — 100%**

Bens (R\$ 13,1 bi) — (45%) → **R\$ 13,1 bi — 100%**

Equipamentos méd. / odont. / vet. (R\$ 2,5 bi) — (19%)

Veículos (R\$ 2,2 bi) — (17%)

Equipamentos de informática e *softwares* (R\$ 1,3 bi) — (10%)

Serviços (R\$ 16,0 bi) — (55%) → **R\$ 16,0 bi — 100%**

Serviços gerais construção e obras de eng. (R\$ 4,5 bi) — (28%)

Serviços de informática (R\$ 2,4 bi) — (15%)

Tipos especiais de serviços de construção (R\$ 2,4 bi) — (15%)

Licitado (3) **R\$ 29,1 bi — 100%**

MPEs (R\$ 9,5 bi) — (33%)

Outros (R\$ 19,6 bi) — (67%)

³³ As informações apresentadas referem-se às compras realizadas pelo governo federal entre os meses de janeiro e novembro dos últimos seis anos, até o ano de 2012. Os dados foram extraídos do Portal de Compras do Governo Federal (Comprasnet), gerenciado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. É necessário informar que em todas as comparações referentes à evolução do valor de compra ao longo de vários anos, este foi corrigido pelo Índice de Preços ao Consumidor Dessazonalizado (IPCA) com base no ano de 2012. Por fim, é oportuno ressaltar que os dados de compras referem-se **apenas às Unidades Administrativas de Serviços Gerais – UASG participantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.**

³⁴ Aquisições feitas por unidades pertencentes ao S/SG (Sistema Integrado de Serviços Gerais).

Diante dos resultados acima expostos, no que tange ao tema em estudo, verifica-se que a consolidação do Pregão — mormente a sua forma eletrônica — como instrumento licitatório preponderante³⁵ no cenário das aquisições públicas brasileira evidencia não só uma história de inegável sucesso e acerto, como também anuncia um porvir inevitável, no qual os meios eletrônicos de aquisição dominarão o universo das licitações públicas, mitigando sobremaneira o campo de atuação das tradicionais modalidades licitatórias previstas na Lei n. 8.666/93. E isso em decorrência dos inestimáveis ganhos de transparência, isonomia, lisura, economicidade, celeridade e segurança que os meios digitais, de modo incontrastável, proporcionam.

Passa-se, agora, a uma breve análise da identidade jurídica do Pregão no Direito Brasileiro, abordando as diferentes hierarquias de normas que incidem sobre a modalidade. Far-se-á, também, uma sucinta exposição do *iter* procedimental relativo às diferentes formas (presencial e eletrônica) em que dita ferramenta licitatória se manifesta e se desenvolve. Ao final, será realizado um sucinto cotejo entre as espécies de Pregão, com vistas a abordar as vantagens e desvantagens inerentes a cada qual.

³⁵ Responsável por 69% (R\$ 29,1 bilhões) do total de contratações previamente licitadas no ano de 2012, excluídas as contratações por dispensa ou inexigibilidade.

2. IDENTIDADE JURÍDICA DO PREGÃO

De início, cumpre ressaltar que o Pregão, diversamente das modalidades licitatórias comuns previstas na Lei n. 8.666/93, possui seu âmbito próprio de aplicação, fugindo à sistemática adotada pelas demais. Enquanto estas têm seu campo de atuação definido em função de um critério quantitativo, isto é, pautado no *valor* monetário do objeto a ser contratado, aquele se vale de um critério qualitativo para definição da sua hipótese de cabimento, ou seja, tendo em vista a *natureza* do objeto da contratação. Mais especificamente, o Pregão pressupõe a contratação de *bens e serviços comuns, de qualquer valor*.

Firme nessas considerações, os esclarecimentos expendidos por Vera Monteiro desvelam tal distinção:

Diferentemente da Lei 8.666, o valor da contratação não é critério útil na definição do pregão. Isto significa dizer que o procedimento desta modalidade pode ser usado nas contratações de qualquer valor. A lei não faz uso da lógica da Lei Geral de Contratações Públicas, onde um dos fatores decisivos na escolha da modalidade licitatória é o montante de dispêndios que a Administração assumirá com a contratação. Naquele diploma, quanto maior o valor do contrato a ser celebrado entre o particular e o Poder Público, a lei impõe a realização de procedimento licitatório mais complexo. É dizer: a Lei 8.666 estabelece três modalidades de licitação (concorrência, tomada de preço e convite), as quais, via de regra, serão determinadas em função do valor estimado da contratação, sendo que os valores são distintos tratando-se de obras e serviços de engenharia e compras e serviços em geral (MONTEIRO, 2010, p. 82).

Em apertada síntese, pode-se dizer que o pregão presencial e o pregão eletrônico são *espécies* que compõem o *gênero* pregão. É como se ambos fossem espécies de modalidade de licitação, os quais se remetem à modalidade geral, que é o Pregão.

Nesse contexto, embora haja variadas distinções nos procedimentos que caracterizam cada forma, como visto acima, cumpre salientar que ambas "partem da mesma espinha dorsal, por efeito do qual compartilham as mesmas premissas, os mesmos objetivos e os mesmos princípios jurídicos" (NIEBUHR, 2004, p. 226).

Sinteticamente, as principais características dessa modalidade licitatória podem ser elencadas do seguinte modo:

- ✓ Simplificação de procedimentos e celeridade, em razão da natureza dos objetos das contratações a que se presta;
- ✓ Inversão das fases de habilitação e julgamento. Primeiro realiza-se o julgamento das propostas para só depois verificar o cumprimento das exigências de habilitação por parte do licitante vencedor. Portanto, em regra, procede-se à verificação da documentação de apenas um licitante, que foi o vencedor;
- ✓ Possibilidade de renovação das propostas escritas pelos licitantes mais bem classificados, por meio de lances orais, até se chegar à proposta mais vantajosa;
- ✓ Fase recursal única. Os participantes têm apenas uma oportunidade para recorrer dos atos administrativos realizados ao longo do certame.
- ✓ Aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93.

2.1 Pregão na forma Presencial

A análise do procedimento relativo ao Pregão Presencial será realizada com base nas disposições da Lei n. 10.520/02, sendo utilizados, para uma melhor compreensão, elementos subsidiários retirados do Decreto Federal n. 3.555/00.

Chama-se atenção para o fato de que as regras veiculadas por tal regulamento têm seu âmbito de aplicação limitado à esfera federal, razão pela qual os Estados e os Municípios não são obrigados a acatá-los, a menos que assim o prevejam.

2.1.1 Fase Interna

As etapas que compõem a fase interna da licitação na modalidade de Pregão Presencial são as seguintes:

2.1.1.1 Requisição e termo de referência — O desencadear de um processo licitatório tem como pressuposto a identificação de uma *necessidade*. Diante disso, o setor do órgão ou entidade administrativa interessada comunica a autoridade competente acerca da necessidade de adquirir-se um bem ou receber a prestação

de um serviço, a fim de que esta autorize - ou não - a contratação do objeto visado. No âmbito federal, de acordo com art. 8º, II, III, a, do Decreto Federal n. 3.555/00, há a exigência de que tal requisição seja acompanhada de um *termo de referência*, o qual, segundo a definição regulamentar, é o documento "que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimentos e o prazo de execução".³⁶

Em outras palavras, o termo de referência é o documento fundamental que deve alavancar o início do procedimento licitatório do pregão na esfera federal, no bojo do qual serão estipuladas características, informações e exigências indispensáveis à promoção de uma exitosa contratação pela Administração Pública.

2.1.1.2 Abertura do processo de licitação e justificativa da autoridade competente — A requisição, acompanhada do termo de referência, é encaminhada à autoridade competente, a fim de que esta, por meio de um juízo de conveniência e oportunidade, determine a realização da contratação ou não. Caso vislumbre tal necessidade, a autoridade administrativa autorizará a contratação, justificando-a.³⁷ Em seguida, deverá verificar se é caso de contratação direta ou precedida de licitação. Na hipótese de ser necessária a realização de processo licitatório, a autoridade competente deverá ordenar a abertura de licitação, com a correlata criação de processo administrativo devidamente autuado, protocolado e numerado.

Caberá a ela, também, com base nas informações prestadas pelo setor requerente e diante daquelas constantes no termo de referência, definir, justificadamente, o objeto, a modalidade e o tipo de licitação a serem adotados, estabelecendo, de antemão, um esboço do ato convocatório.

Acerca do dever incidente sobre o agente de administrativo de declinar os motivos determinantes de suas decisões tomadas ao longo do procedimento administrativo, Marçal Justen Filho assevera:

³⁶ Art. 8º, II, do Decreto Federal n. 3.555/00

³⁷ Como esclarece Joel de Menezes Niebuhr, tal justificativa "pode ser feita com objetividade, dependendo de cada caso. Por exemplo, compras regulares de produtos a serem utilizados na realização da atividade fim do órgão ou entidade administrativa, não precisam ser objeto de maiores justificativas, bastando indicar para o quê serão utilizados. É interessante que se elaborem formulários padronizados, com campos destinados a essa justificativa" (Pregão Presencial e Eletrônico, 2004, p. 78).

A evolução política e jurídica conduziu à afirmação de que as escolhas de agentes públicos devem fundar-se em avaliações técnico-científicas, na medida em que seja tal seja compatível com a natureza da decisão. A discricionariedade outorgada pela Lei ao agente público consiste na liberdade para escolher a melhor alternativa, especialmente sob o ponto de vista técnico-científico. Isso significa a invalidade de juízos opinativos acerca da solução mais adequada para satisfazer os interesses perseguidos pela Administração Pública. Não se admite que o agente público suprima avaliações técnicas e fundamente suas decisões apenas (ou preponderantemente) em preferências pessoais (JUSTEN FILHO, 2005, p. 74).

Outrossim, nada impede que, em caso de dúvidas, a autoridade competente valha-se de auxílio técnico e jurídico para embasar as decisões atinentes à configuração do certame.

2.1.1.3 Descrição do objeto — Esta etapa é, sem sombra de dúvidas, a mais importante e decisiva para o êxito da futura contratação administrativa. Proceder a uma descrição do objeto de forma precisa, suficiente e clara, consoante previsto no inciso I do art. 3º da Lei n. 10.520/02, reduz significativamente as chances de serem ofertadas à Administração propostas inadequadas ao atendimento do interesse público. Isso porque será fácil para os licitantes interessados assimilarem de modo preciso as especificações e exigências relativas ao objeto do certame, o que resultará na apresentação de propostas plenamente compatíveis com a satisfação dos interesses administrativos colocados em jogo. Não é à toa que esta etapa se reveste de vital importância para o sucesso da contratação.

O professor catarinense Joel de Menezes Niebuhr bem esclarece a questão:

A descrição do objeto do futuro contrato deve ser realizada com toda a precaução, valendo-se a Administração Pública de estudos técnicos sólidos, para definir, de maneira precisa, o que realmente contempla o interesse público. Ora, é necessário que a Administração saiba o que quer e, para tanto, não há outro caminho afora o de procurar conhecer as possibilidades ofertadas no mercado, consultando especialistas a respeito do objeto que se pretenda contratar. A descrição do objeto talvez seja a fase mais delicada da licitação pública. Acontece que, por um lado, a Administração Pública não pode restringir em demasia o objeto do contrato, sob pena de frustrar a competitividade. Por outro, ela não pode definir o objeto de maneira excessivamente ampla, haja vista que, nesse caso, além de falecerem critérios objetivos para o julgamento das propostas, a própria consecução do interesse público é posta num segundo plano, em virtude de a Administração ter admitido propostas díspares, por força do que, é transparente, não soube ou não envidou os esforços necessários para delimitar, como devido, qual a utilidade que melhor o contempla. E isso

porque, se a Administração Pública descreveu o objeto de modo amplo demais, acaba por aceitar soluções díspares, inclusive as que não satisfazem o interesse público. Assim sendo, supõe-se que ela não soube definir bem o que queria e quais as especificidades que pretendia. Por corolário, conclui-se que descurou do interesse público, que demanda ser otimizado (NIEBUHR, 2004, p. 79).

Nesse sentido, sendo a atividade de descrição do objeto eminentemente discricionária, valem as considerações feitas alhures sobre a natureza das avaliações que devem embasar as escolhas tomadas pelo agente administrativo, de modo que a satisfação do interesse público não fique ao sabor de preferências meramente pessoais de quem detém competência para fazê-las.

2.1.1.4 Definição dos requisitos de habilitação — A imposição de exigências de habilitação, do mesmo modo como previsto na sistemática da Lei n. 8.666/93, presta-se a aferir se o licitante interessado dispõe de condições - técnicas, econômicas e jurídicas - para cumprir as avenças que constituirão o objeto do futuro do contrato. Com efeito, a simples apresentação de proposta altamente vantajosa à Administração nada garante. É preciso, também, que o licitante vencedor, no caso do Pregão, demonstre dispor de condições minimamente necessárias ao fiel cumprimento da prestação objeto da futura contratação.

Nessa perspectiva, Joel de Menezes Niebuhr ressalta:

Cumpra advertir que os documentos exigidos para a habilitação devem visar apenas à avaliação dos licitantes, se eles têm ou não condições de cumprir o futuro contrato, não das suas propostas. Trata-se de duas fases distintas do processo licitatório: na habilitação, cuida-se dos licitantes, da pessoa; no julgamento, cuida-se da proposta. Ademais, essas duas fases são incomunicáveis, na medida em que o resultado do julgamento não deve interferir no resultado da habilitação e, assim, reciprocamente (NIEBUHR, 2004, p. 81).

Sobre o tema, oportuno também ressaltar a doutrina de Marçal Justen Filho:

Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de sujeito para contratar com a Administração Pública. Na acepção de ato administrativo decisório, indica o ato pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo sobre a presença das condições do direito de licitar (JUSTEN FILHO, 2013, p. 453).

Quanto ao Pregão, os critérios de habilitação encontram-se elencados no art. 4º, XIII, da Lei n. 10.520/02. São eles: (a) habilitação *jurídica*; (b) qualificação *técnica*; (c) qualificação *econômico-financeira*; e (d) habilitação *fiscal* (situação regular perante a Fazenda Nacional, Seguridade Social e FGTS). Convém salientar, por oportuno, que a Lei n. 10.520/02 confere discricionariedade ao administrador para definir os documentos que serão exigidos a título de habilitação, o qual não se encontra obrigado a solicitar, no edital, o rol de documentos listados nos arts. 28 a 31 da Lei n. 8.666/93.

Por fim, cumpre ressaltar a facultatividade prevista no art. 4º, XIV, da Lei 10.520/02, que autoriza os licitantes a substituírem os documentos de habilitação pelo registro cadastral no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios. Trata-se de simplificação destinada a eliminar burocracia e dar mais celeridade à sessão do Pregão.

2.1.1.5 Definição dos critérios de aceitabilidade de propostas — A Administração Pública, quando realiza qualquer processo licitatório, busca, a toda evidência, obter a proposta mais vantajosa para a satisfação dos vários interesses públicos colocados em pauta. Para isso, deve valer-se de mecanismos destinados a elidir propostas que acarretam numa contratação desvantajosa, seja por oferecerem objeto incompatível com as características e exigências previamente estipuladas no instrumento convocatório, seja por ofertarem preços muito acima ou excessivamente abaixo dos praticados no mercado.

Em vista disso, é muito comum que sejam estipulados critérios para aceitabilidade das propostas, os quais dizem respeito a três aspectos-chave: (a) compatibilidade da proposta com as especificações do objeto e formalidades previstas em edital; (b) aceitabilidade do preço quanto ao valor máximo; e (c) aceitabilidade do preço quanto ao valor mínimo.

Quanto ao primeiro aspecto, não há muito a esclarecer, porquanto não é novidade para ninguém que objeto constante da proposta deve adequar-se plenamente às exigências previstas no instrumento convocatório, a fim de que seja assegurada à Administração solução que atenda, de modo eficaz, a suas

necessidades. Assim, as especificações e formalidades previstas no edital devem ser rigorosamente cumpridas, sob pena de a proposta ser desclassificada.

O segundo aspecto, por sua vez, é uma decorrência lógica da licitação. A promoção de um certame serve não só para resguardar a isonomia entre os particulares, mas também para obtenção de vantagens do ponto de vista econômico, uma vez que a Administração manipula recursos financeiros escassos, tendo por obrigação alocá-los eficientemente. Desse modo, não há interesse algum em licitar para se obter proposta com preço acima daquele praticado pelo mercado, culminando na celebração de contrato desvantajoso. Nessa hipótese, seria mais proveitoso - e lógico - realizar a contratação do bem ou serviço diretamente com algum fornecedor no mercado. É por esse motivo que se estipula, em edital, um valor máximo, que informa o quanto a Administração está disposta a pagar pelo objeto do contrato. As lições do professor Joel de Menezes Niebuhr bem explicam as razões dessa previsão:

Sem a fixação de valor máximo, a desclassificação de proposta só pode ocorrer se ficar demonstrado que o preço consignado nela é manifestamente superior ao praticado no mercado. Isto é, a desclassificação deve ser amplamente motivada. Como, por vezes, isso se torna difícil, é melhor já estipular o valor máximo no próprio edital, para que todos o conheçam antecipadamente.

De qualquer modo, o inciso XVII do artigo 4º da Lei n. 10.520/02 concede ao pregoeiro a prerrogativa de negociar diretamente com o proponente, para que seja obtido preço melhor. Essa negociação deve contar com a boa vontade do licitante, uma vez que o pregoeiro não pode forçá-lo a baixar o preço ofertado.

A negociação encampada pelo pregoeiro tem alguma utilidade nas hipóteses em que se reputar o preço da proposta manifestamente superior ao praticado no mercado. Nesses casos, com fundamento no inciso VII do artigo 24 da Lei n. 8.666/93, a Administração deveria desclassificar todas as propostas, o pregoeiro pode tentar travar a negociação com o licitante, a fim de adequar a proposta aos valores de mercado, que é o parâmetro para medida a aceitabilidade (NIEBUHR, 2004, P. 87).

Por derradeiro, o terceiro aspecto é o que, sem sombra de dúvidas, gera maiores discussões e problemas. Ao contrário do que ocorre com estipulação de preço máximo, em que há permissão legal para sua fixação (Lei n. 8.666/93, art. 40, X), a estipulação de preço mínimo é legalmente proibida. Se, por um lado, tal impedimento permite que a Administração possa desfrutar de negócios altamente vantajosos, por meio da obtenção de preços muito aquém daqueles oferecidos no mercado, por outro, aumentam-se os riscos de que certos preços, à primeira vista atraentes e extremamente vantajosos, não vislumbrem condições de serem

honrados futuramente, quando da execução do contrato, haja vista que os custos se equiparam ou superam os valores ofertados, o que termina por gerar graves prejuízos ao aparato administrativo. Sobre a problemática, deve-se reconhecer que não é possível oferecer uma solução abstrata, aplicável a todo e qualquer caso. Nesse sentido são as ponderações do supracitado mestre catarinense:

O grande problema do preço inexecutável é que ele falseia a percepção dos agentes administrativos e, no pregão, com ênfase, do pregoeiro. Ocorre que a linha entre o preço inexecutável e o preço extremamente vantajoso à Administração é, na maior parte das vezes, muitíssimo tênue. Por via de consequência, geralmente os pregoeiros, ao se depararem com preços inexecutáveis, preferem acreditar que se trata de preço vantajoso e que, ao admiti-los, cumpriram exemplarmente os seus deveres (NIEBUHR, 2004, p. 88).

Diante disso, por conta de tal dificuldade, não se vislumbra melhor maneira para se verificar a exequibilidade do preço ofertado que não seja por meio da análise das circunstâncias do caso concreto, tendo por referência o conjunto de preços praticados no mercado.

2.1.1.6 Definição das sanções por inadimplemento — Compete à autoridade competente definir no instrumento convocatório as sanções relativas a infrações cometidas ao longo da fase de licitação, bem como no decorrer da etapa de cumprimento do contrato. Pertinentes são as considerações de Marçal Justen Filho:

A seriedade dos licitantes e do particular contratado é essencial para o êxito do modelo da contratação administrativa. Essa questão se põe com maior intensidade ainda nos casos em que opta por pregão. É que o procedimento simplificado não comporta maior indagação acerca da idoneidade do licitante. Por isso mesmo, existe o risco de aventureiros lançarem-se em busca da contratação. É essencial a previsão precisa e determinada de sanções para torna previsível, inquestionável e irreversível a punição dessa ordem (JUSTEN FILHO, 2005, p. 76).

O rol de infrações que autoriza a imposição de sanções está previsto no art. 7º da Lei do Pregão, o qual se transcreve abaixo:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e,

será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Ademais, convém salientar que as sanções previstas na Lei n. 8.666/93 não podem ser aplicadas em relação aos processos licitatórios regidos pela modalidade Pregão, porquanto a Lei n. 10.520/02 estabeleceu uma sistemática de sanções própria, prevista no dispositivo de lei acima reproduzido.

2.1.1.8 Minuta do futuro contrato — Uma minuta do futuro contrato deverá ser anexada ao instrumento convocatório para que os licitantes interessados tomem ciência prévia dos direitos e obrigações que regerão a futura contratação. Sobre a questão, esclarecedores são os ensinamentos de Joel de Menezes Niebuhr:

A exigência de que o contrato seja elaborado já com o edital tem a ver, diretamente, com o princípio da vinculação ao edital. Como visto, o edital prescreve as regras sobre a licitação, determinando as condições para a participação de eventuais interessados e a maneira de agir da Administração, que dela não poderá se apartar. Logo, toda a licitação deve ser pautada pelas regras do edital, que, enfim, servem a estabelecer o vencedor da disputa. O contrato é a consequência lógica da licitação, e, por efeito disso, não pode afastar-se do que fora licitado. [...] Perceba-se que a exigência de definir as cláusulas do contrato ainda na fase interna da licitação tem por finalidade sedimentar a vinculação entre o edital, a licitação e contrato, apresentando-se como instrumento valioso para controlar distorções e para a defesa dos direitos dos contratados, que não poderão ser compelidos a cumprir prestação diversa daquela inicialmente entabulada (NIEBUHR, 2004, p. 91).

Outrossim, compete acentuar que as disposições contratuais atinentes à modalidade pregão são aquelas disciplinadas pela lei geral de contratações administrativas, Lei n. 8.666/93, uma vez que a lei do Pregão nada previu.

2.1.1.9 Justificativa das definições constantes do edital — Como decorrência do princípio da motivação dos atos administrativos, a justificativa das especificações e exigências constantes no instrumento convocatório serve de mecanismo para coibir favoritismos no universo das contratações administrativas, ao exigir que cláusulas editalícias ou contratuais, que estabeleçam limitações à competição, sejam devidamente justificadas, com base em critérios técnicos, a fim de aferir a

validade do conteúdo de suas restrições com a ordem jurídica, tendo-se por referência o tratamento que o caso concreto demanda.

É o que explica Joel de Menezes Niebuhr:

O intento em exigir justificativas consiste em evitar o direcionamento de editais, o que costuma ocorrer em razão da disposição de cláusulas arbitrárias, especialmente no que tange ao objeto do certame e às exigências de habilitação. [...] Então, partindo-se desse pressuposto, devem ser justificadas somente as cláusulas que estabeleçam limites à competição, que excluam a participação de pessoas virtualmente interessadas na licitação.

Ocorre que muitas definições contidas no edital são eminentemente discricionárias, isto é, a autoridade competente é quem decide se vai realizá-las ou não e em qual medida. E, além disso, elas são fundamentais para determinar a participação dos interessados. Essas exigências, sim, precisam ser justificadas. Entre elas merece destaque as que: (a) especificam características do objeto licitado; (b) definem índices ou parâmetros para a qualificação técnica e econômico-financeira (confira-se o § 5º do artigo 31 da Lei n. 8.666/93); (c) exigem capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo; (d) e estipulam preço máximo às propostas. Todas essas definições precisam ser justificadas sob pena de invalidação do edital, por vício relativo à falta de motivação (NIEBUHR, 2004, p. 94).

Por certo, algumas especificações e exigências previstas em edital não demandarão maiores justificativas, em razão de ostentarem natureza vinculada, não havendo motivo para que o administrador proceda à sua justificação, pois decorrem de imposição legal. É o que ocorre, a título ilustrativo, com a exigência de quitação ou ausência de irregularidades em relação a tributos da alçada do ente federativo ao qual a licitação se vincula. Com efeito, não há porquê justificar o conteúdo de tais exigências, pois são de cumprimento cogente.

2.1.1.10 Definição do prazo de validade das propostas — A definição de um prazo de validade para as propostas apresentadas — e também para os lances ofertados, no caso de licitação realizada via Pregão — tem por finalidade vincular o licitante, por dado período, ao conteúdo de sua proposta ou lance oferecido. Isso porque - não é incomum - pode haver incidentes que impeçam a contratação do vencedor do certame, abrindo-se ao segundo colocado oportunidade para que seja convocado a contratar com a Administração, nos termos daquilo que fora estipulado em sua proposta. Assim, a definição de um lapso de validade para as propostas nada mais é que uma garantia em favor da Administração, a fim de resguardar a

realização da futura contratação, pois, na falta de um, poderá ser chamado outro licitante mais bem colocado, e assim por diante.

É importante frisar que, ao contrário do que ocorre no caso das modalidades tradicionais previstas na Lei n. 8.666/93, o licitante convocado não é obrigado a honrar os termos da proposta daquele que restou melhor classificado e que não chegou a perfectibilizar a contratação com a Administração. Como será visto adiante, o que pode ocorrer é uma tentativa de negociação, por parte do pregoeiro, para que o licitante convocado ofereça um preço nos moldes daquele proposto pelo licitante vencedor, ou até mesmo mais em conta, sem que lhe seja imposto acatar a contra-proposta da Administração.

Outra questão relevante envolve o fato de que, na modalidade pregão, o prazo de validade das propostas e lances não é fixo - como acontece na sistemática prevista na Lei n. 8.666/93 -, podendo ser fixados prazos de validade longos ou exíguos, de acordo com o tipo de contratação, sendo que, em caso de omissão no instrumento convocatório, o prazo de validade das propostas e lances será de 60 (sessenta) dias, conforme dicção do art. 6º da Lei n. 10.520/02. Aliás, alguns autores, como Marçal Justen Filho, advogam a tese de que tal artigo, por ser norma geral de licitação, tem seu âmbito de aplicação estendido às demais modalidades, consoante averbado abaixo:

Adota-se entendimento de que a regra do art. 6º da Lei n. 10.520 configura norma geral sobre licitação e contratação administrativa, sendo aplicável não apenas no âmbito do pregão. Sob esse ângulo, o dispositivo revogou a disposição constante do art. 64, § 3º, da Lei n. 8.666, tal como defendido em outra oportunidade (JUSTEN FILHO, 2005, p. 169).

Por derradeiro, cabe consignar alerta feito pelo professor Joel de Menezes Niebuhr sobre a importância de se observar os prazos das propostas:

O que não pode ocorrer, em hipótese alguma, é que licitantes fixem ao seu talante os prazos de validade de suas respectivas propostas. Se eles, por conta própria, fixarem prazos inferiores aos 60 (sessenta) dias ou ao determinado no edital, os mesmos devem ser desclassificados, já que as propostas apresentadas por eles não são compatíveis com o pedido no edital. Ora, se o edital exige propostas com prazo de validade de 40 (quarenta) dias, mas o licitante as oferta com prazo de 30 (trinta) dias, é evidente que a proposta dele não se harmoniza com o edital e, por dedução, deve ser desclassificada (NIEBUHR, 2004, p. 95).

2.1.1.11 Orçamento, previsão dos recursos orçamentários e cumprimento de requisitos da Lei de Responsabilidade Fiscal — A exigência de orçamento prévio, informando os possíveis valores a serem gastos com o objeto da futura contratação, é requisito de fundamental importância para o alcance dos fins colimados pela Administração. De fato, o orçamento prévio cumpre dois papéis preponderantes. Num primeiro aspecto, serve de parâmetro à Administração na escolha da proposta mais vantajosa, ao promover a identificação de preços muito acima dos praticados no mercado ou excessivamente baixos (e, provavelmente, inexequíveis). Numa segunda acepção, serve à realização de dotação orçamentária para assegurar o pagamento das obrigações decorrentes do contrato a ser firmado, isto é, promove a indicação dos recursos orçamentários a serem utilizados no pagamento do objeto contratado, evitando que a Administração promova contratações sem a garantia de que possa honrá-las futuramente, tornando-se, pois, inadimplente.

Nesse viés, a estimativa de gastos da futura contratação é ponto nodal para aferição de sua viabilidade, como bem esclarece Marçal Justen Filho:

Isso significa que a criação de qualquer despesa deve ser acompanhada da estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que vigorará (e, se for o caso, nos dois subsequentes) tal como a declaração do ordenador da despesa de que a obrigação compatibiliza-se orçamentária e financeiramente com a legislação orçamentária. A referência à adequação financeira é extremamente relevante, eis que a execução do orçamento pode frustrar as estimativas prévias. Ou seja, é necessário verificar não apenas a previsão teórica do orçamento, mas também examinar a evolução dos fatos e apurar a existência de (ou dados indiretos relacionados com) recursos financeiros efetivos para liquidação da despesa. Daí se extrai que a instauração da licitação não depende propriamente da efetiva disponibilidade dos recursos necessários para o pagamento. Dependerá da previsão de recursos orçamentários, mas não apenas disso. Esse requisito é necessário, mas não suficiente. É indispensável verificar-se a adequação financeira da futura contratação. Isso significa exame dos recursos efetivamente disponíveis no momento da abertura da licitação e da consideração às receitas e despesas futuras - mas não apenas sob o ponto de vista das projeções realizadas por ocasião da elaboração do orçamento. O ordenador da despesa tem o dever de manifestar-se, indicando se a realização e o ritmo das receitas permitem estimar a existência de recursos suficientes para propiciar a liquidação oportuna das despesas derivadas da contratação (JUSTEN FILHO, 2005, p. 201).

Sobre o acompanhamento concreto que deve permear as projeções de recursos da Administração, em atenção ao ritmo de realização de despesas e geração de receitas, o aludido autor ainda explica:

Lembre-se que o acompanhamento da evolução da receita é dever do gestor público. [...] Não existindo indicações de que as receitas serão suficientes para o atendimento das despesas (ou o cumprimento das metas), torna-se juridicamente inviável a licitação. Ou seja, o conceito de autorização orçamentária deixa de ser estático e dissocia-se da mera existência de disponibilidade teóricas numa rubrica orçamentária. Daí deriva que a instauração da licitação não pressupõe a liberação dos recursos, mas se vincula à existência concomitante de a) previsão na lei orçamentária e b) realização satisfatória das receitas e despesas, que permita inferir a possibilidade de disponibilidade efetiva, no futuro, dos recursos necessários. A ausência de um desses dois dados inviabiliza a instauração da licitação (JUSTEN FILHO, 2005, p. 202).

Em adição, o professor Joel de Menezes Niebuhr apresenta abordagem que merece destaque, quanto ao modo de incidência das normas de responsabilidade fiscal no universo das contratações administrativas:

Esclareça-se, a este altura, que a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes, bem como a declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual [e a lei de diretrizes orçamentárias], correspondem às *despesas provocadas pela* criação, expansão e aperfeiçoamento da ação governamental; e não apenas às *despesas para* a criação, expansão e aperfeiçoamento da ação governamental. Portanto, não basta tomar em conta as despesas defluentes do contrato a ser firmado em face do procedimento licitatório; antes disso, é imprescindível avaliar as despesas que advirão da nova projeção da ação governamental como um todo, abrangendo as despesas com o contrato, custo fixo, manutenção etc. Para criar nova ação governamental, o custo pode ser bastante reduzido, conquanto mantê-la seja em tudo oneroso. O artigo 16, desde o *caput* até a última letra do inciso II do § 4º, revela preocupação, insista-se, com as despesas provenientes da criação, expansão e aperfeiçoamento de ação governamental como um todo (NIEBUHR, 2004, p. 95).

Com razão, a noção de impacto orçamentário-financeiro deve abranger não só o momento no qual ocorre o adimplemento das obrigações constantes da contratação, mas também suas implicações futuras, decorrentes de sua manutenção. Essas últimas, aliás, principalmente em se tratando de obras e serviços de engenharia, compõem parcela preponderante dos recursos orçamentários consumidos, o que demanda um olhar mais atento - e cauteloso - por parte do gestor público. A título de comparação, pode-se fazer alusão a compra de um veículo automotor: os custos da aquisição não se encerram no - prazeroso - momento da compra; outros gastos significativos englobam sua fruição, tais como combustível, impostos, seguros, revisões mecânicas, troca de óleo e de pneus etc.

Por fim, cabe consignar um derradeiro alerta sobre o momento em que se exige a disponibilidade de recursos orçamentários para a realização da contratação administrativa, conforme esclarece o nunca assaz citado professor Joel de Menezes Niebuhr:

A título de complemento, o artigo 19 do Decreto Federal n. 3.555/00 (incidente somente no âmbito federal) prescreve o seguinte: "Nenhum contrato será celebrado sem a efetiva disponibilidade de recursos orçamentários para pagamento dos encargos, dele decorrentes, no exercício financeiro em curso." Note-se que o dispositivo não exige a disposição de recursos antes da licitação ou mesmo antes da celebração do contrato. O dispositivo exige apenas que se disponha dos recursos no exercício financeiro correspondente ao contrato, isto é, que haja previsão dos recursos na respectiva lei orçamentária. Cumpre insistir - porque deveras frequente é a confusão - que a Administração não precisa dispor, à época da licitação, do montante necessário para arcar com o contrato; ela precisa apenas indicar que há previsões no orçamento para realizar os pagamentos futuros (NIEBUHR, 2004, p. 97).

2.1.1.13 Designação do pregoeiro e da equipe de apoio — A instituição do Pregão criou a figura de um novo agente no âmbito das licitações, denominado *pregoeiro*. Pode-se dizer, em apertada síntese, que o pregoeiro desempenha praticamente as mesmas funções da comissão de licitação, disciplinada na Lei n. 8.666/93, no que concerne à condução do certame.³⁸ Opera-se, portanto, a substituição da comissão de licitação por apenas um servidor, ao qual caberá pôr em prática o edital e conduzir a fase externa da licitação na modalidade Pregão. É o que esclarece Marçal Justen Filho:

O ponto fundamental está em que a comissão de licitação é órgão colegiado, que delibera por maioria de votos. Suas decisões caracterizam-se como ato coletivo, cujo aperfeiçoamento depende da manifestação individual de cada membro. Já o pregoeiro é órgão unipessoal, o que significa que a vontade estatal se produz pela manifestação de vontade de uma pessoa física isolada (JUSTEN FILHO, 2005, p. 80).

³⁸ O que não significa dizer, por outro lado, que a competência do pregoeiro seja idêntica à da comissão de licitações; há diferenças relevantes que decorrem da própria estrutura procedimental do pregão, como será visto adiante. Na esteira do que esclarece Marçal Justen Filho, "a competência do pregoeiro é mais ampla do que a de uma comissão de licitação, justamente porque o procedimento do pregão é distinto e complexo. Há diferenças no tocante especialmente à fase de lances, o que (como dito) exige uma atuação incentivadora do pregoeiro. Nem a 'equipe de apoio' pode ser assemelhada a uma comissão de licitação, que se constitui em órgão colegiado, cuja decisão depende da manifestação de vontade de seus integrantes." (*Pregão: Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 2005, 4ª ed., p. 79)

Não obstante, cumpre ponderar que essa centralização de atribuições e responsabilidade de certa forma é amenizada pela criação de uma figura ancilar, qual seja, a *equipe de apoio*, que tem por função prestar auxílio material, técnico ou logístico ao pregoeiro, na condução de suas atividades.

Nesse rumo, conforme se depreende da leitura do inciso IV do art. 3º da Lei n. 10.520/02, nota-se que tanto o pregoeiro quanto a equipe de apoio serão designados pela autoridade competente, para atuarem em uma ou mais licitações. As nomeações deverão recair sobre servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, dentre aqueles ocupantes de cargo efetivo, emprego ou cargo em comissão.³⁹

Ademais, sobre a periodicidade do exercício da função de pregoeiro, confira-se a opinião doutrinária de Marçal Justen Filho:

Não é necessário que a designação do pregoeiro faça-se caso a caso. É perfeitamente possível adotar ato regulamentar, fixando que os pregões da entidade serão conduzidos por determinado sujeito. Nem há impedimento a que se estabeleça um elenco de diferentes pregoeiros, fixando critérios de rotatividade da sua atuação (JUSTEN FILHO, 2005, p. 78).

Sem dúvida, o entendimento esposado pelo eminente doutrinador contempla a praticidade que demandam as milhares de unidades administrativas espalhadas pelo mais variados rincões do país, as quais, não é novidade alguma, são diuturnamente assoladas por limitações de pessoal que muito prejudicam a eficiência da prestação dos serviços postos à sua cura.

Nessa perspectiva, como fator favorável ao alcance dessa praticidade, é a constatação de que inexistente qualquer disposição que imponha mandato certo aos pregoeiros, nem que estabeleça qualquer limitação temporal ao exercício de suas atividades, ao contrário do que ocorre com a comissão permanente de licitação.

No que tange ao rol de atribuições que acometem ao pregoeiro, verifica-se que, no âmbito legal, suas funções encontram-se descritas, de modo sucinto, no inciso IV do art. 3º da Lei n. 10.520/02; no âmbito infralegal, estão mais bem especificadas no art. 9º do Decreto Federal n. 3.555/00, que, em seus incisos, as discrimina: (I) credenciamento dos interessados; (II) recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação; (III) abertura dos envelopes

³⁹ Nas nomeações, deverá ser dada preferência aos servidores pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora da licitação, consoante disposto no art. 3º, § 1º, da Lei n. 10.520/02.

das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes; (IV) condução dos procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor preço; (V) adjudicação da proposta de menor preço; (VI) elaboração de ata; (VII) condução dos trabalhos da equipe de apoio; (VIII) recebimento, o exame e a decisão sobre recursos;⁴⁰ e (IX) encaminhamento do processo devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade superior, visando à homologação e a contratação.

Com base nisso, não é exagero afirmar que do pregoeiro são exigidos não só razoáveis conhecimentos técnicos e jurídicos, como também personalidade envolvente, postura proativa e raciocínio ágil, tendo em vista o ambiente dinâmico e competitivo no qual se desenvolve o pregão.⁴¹ Aliás, em razão da natureza complexa de tais atribuições, a própria lei impôs, em seu art. 7º, a obrigatoriedade de capacitação específica quanto àqueles que venham a desempenhar o ofício de pregoeiro, exigindo frequência a cursos e treinamentos voltados ao aprimoramento de tal atividade.

Em vista dessas considerações, conclui-se que o pregoeiro, auxiliado pela sua equipe de apoio, é responsável pela condução dos atos referentes à fase externa da licitação, dando cumprimento ao conteúdo das disposições previstas em edital.

Dessa forma, o conjunto de atos que envolvam a condução da fase interna, a resolução de questões que abarquem avaliação e decisão sobre aspectos relativos ao edital na fase externa, tais como resolução de impugnações e recursos, bem como adjudicação do objeto da licitação nos casos de indeferimento de recurso, além da decisão final sobre a homologação do certame, não estão contempladas no âmbito da alçada do pregoeiro, uma vez que tais incumbências foram atribuídas, por lei, à autoridade competente, responsável pela confecção do instrumento convocatório.

⁴⁰ Como bem observa Joel de Menezes Niebuhrs, "[...] o recurso expressa a desconformidade do licitante com uma decisão já tomada pelo pregoeiro, pleiteando que ela seja revista. Evidentemente, não há sentido em dizer que os recursos serão apreciados pela mesma pessoa que tomou a decisão da qual se recorreu, porquanto a posição dela já se conhece; quer-se, com o recurso, levar a questão a outro sujeito, para que efetivamente haja uma espécie de revisão. Por isso, é a autoridade competente e não o pregoeiro quem deve analisar e decidir sobre os recursos [...]" (Pregão Presencial e Eletrônico, 2004, p.72).

⁴¹ Sob outro enfoque, claro está que as diferenças procedimentais existentes entre o pregão presencial e o pregão eletrônico autorizam tratamento diverso quanto à natureza e extensão das exigências imputadas ao pregoeiro na condução de cada forma de pregão.

2.1.1.14 *Parecer da Assessoria Jurídica* — Muito embora a Lei do Pregão (Lei n. 10.520/02) não tenha veiculado exigência de submissão das minutas de editais e contratos ao exame e aprovação prévios de assessoria jurídica, cumpre gizar que tal condicionante ainda assim deve ser observada, porquanto a Lei n. 8.666/93, em seu art. 38, parágrafo único, traz norma de caráter geral em relação à questão. Com efeito, tal artigo, de aplicação subsidiária, prevê que "as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração."

Ademais, mesmo que se sustentasse o contrário, verifica-se que ambos os regulamentos que disciplinam as duas espécies de pregão estabeleceram exigência de tal ordem, o que, por via transversa, corrobora o aduzido acima.⁴² Nessa esteira, cabe ponderar ainda que não procede argumentação segundo a qual regulamento é inapto a propor exigência não necessariamente pressuposta em lei, porquanto aludida imposição, além de não implicar prejuízo algum, atua em prol da satisfação do(s) interesse(s) público(s) envolvidos, uma vez que é mais uma garantia à Administração, aos licitantes e, em última análise, à coletividade, acerca da validade das disposições que regulam o certame.

Ademais, é de bom tom esclarecer que da obrigatoriedade de prévia aprovação de assessoria jurídica quanto à regularidade das minutas de editais e de contratos não significa que, na hipótese de restar configurada sua ausência, esteja comprometida a validade do processo licitatório. Com efeito, como afirma Marçal Justen Filho, o essencial é a regularidade dos atos, e não a aprovação da assessoria jurídica, motivo pelo qual o descumprimento da exigência não vicia o procedimento caso o edital ou o contrato não apresentem vício (JUSTEN FILHO, 2013, p. 595).

Sobre a relevante função desempenhada pela assessoria jurídica, Joel de Menezes Niebuhr, com precisão e clareza que lhes são correlatas, esclarece:

A atividade do assessor jurídico é deveras relevante para o processo licitatório, inclusive na modalidade pregão. Como sabido, licitação pública é matéria complexa, permeada por legislação caótica, que levante inúmeros embates jurídicos. Portanto, a autoridade competente e os demais agentes envolvidos no processo corre grande risco de praticarem atos em descompasso com a legislação ou com as posições da jurisprudência, especialmente dos tribunais de contas, o que pode implicar penalidades e

⁴² Art. 21, inc. VII, do regulamento do pregão comum (Decreto n. 3.555/00); Art. 30, inc. IX, do regulamento do pregão eletrônico (Decreto n. 5.450/05).

rejeição de contas. O fato é que a autoridade competente e os demais agentes contam com o zelo da assessoria jurídica, para o efeito de levar a cabo a licitação escoreita, em conformidade com a legislação, a fim de lhes evitar constrangimentos (NIEBUHR, 2004, p. 100).

Reputam-se convenientes, também, as ponderações de Marçal Justen Filho no que se refere à responsabilidade pelos pareceres jurídicos emanados:

Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado, ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo (JUSTEN FILHO, 2013, p. 597).

2.1.1.15 Assinatura do Edital — Uma vez emitido o parecer da assessoria jurídica sobre a regularidade do edital elaborado - ao qual se encontra anexado, também, a minuta do conseqüente contrato -, caberá à autoridade competente assiná-lo e publicá-lo, caso as razões que o motivaram ainda persistam. De outro norte, nada impede que, a critério seu, a autoridade competente deixe de assinar e publicar o edital, como bem explica Joel de Menezes Niebuhr:

Cabe observar que, na ocasião de assinatura do edital, se concede à autoridade competente oportunidade para realizar juízo de valor em torno da conveniência ou não da licitação e do futuro contrato. A partir do momento em que o edital é publicado, inicia-se a produção de efeitos externos, dado que terceiros passam a juntar documentos e elaborar propostas, criando-se expectativas legítimas acerca da contratação. Logo, a assinatura do edital e a sua remessa à publicação devem ser precedidas de reflexão e de análise serena sobre as necessidades e as disponibilidades da Administração. Ora, a Administração não lança licitação por gracejo, por falta do que fazer. A publicação de edital de licitação pressupõe que a Administração realmente pretende celebrar o contrato que dela advirá, tendo-se realizado, antecipadamente, análise a respeito da conveniência dele (NIEBUHR, 2004, p. 101).

2.1.2 Publicidade do Edital

O dever de tornar público o edital da licitação decorre do princípio da publicidade, o qual busca conferir transparência à atividade administrativa, bem como ampla participação democrática no seu desenvolvimento. De acordo com a lição de Marçal Justen Filho:

(...) a publicidade cumpre duas funções distintas e inconfundíveis. Por um lado, orienta-se assegurar a possibilidade de participação para todos os potenciais interessados. Por outro, é instrumento de controle da atividade administrativa, propiciando a transparência da atuação dos agentes estatais e o exercício pelos integrantes da comunidade dos instrumentos de controle apropriados. Sob este último ângulo, a publicidade é um desincentivo à adoção de prática reprováveis, na medida em que se amplia a possibilidade de revelação de condutas indevidas (JUSTEN FILHO, 2005, p. 98).

Nessa linha, cumpre anotar que o que é publicado nos meios de comunicação - ao menos naqueles tradicionais - é apenas um sumário do edital, isto é, um aviso, no qual constam as informações mais importantes acerca da licitação. Nos meios eletrônicos, por outro lado, já é bastante difundida a prática de disponibilizar a íntegra do edital para *download* aos interessados, o que minimiza custos e eventuais contratempos com a retirada física do edital na repartição pública responsável por realizar o certame.⁴³

A Lei n. 10.520/02, em seu art. 4º, inciso I, estabeleceu como meios de publicidade para a modalidade pregão os seguintes veículos de divulgação: (a) diário oficial do ente federado ao qual a licitação se vincula e, caso inexistente, em jornal de circulação local; (b) jornal de grande circulação, a depender do vulto da licitação; (c) endereços eletrônicos, situados na rede mundial de computadores (*Web*).⁴⁴ Importa esclarecer, também, que os dois primeiros meios de divulgação são de caráter obrigatório, isto é, não comportam exceções, enquanto o terceiro é de caráter facultativo - ao menos do ponto de vista legal.

⁴³ De qualquer modo, deve-se atentar para o fato de que a mera publicação de um resumo das informações essenciais do certame - o aviso - não basta. É imprescindível que a íntegra do instrumento convocatório esteja disponível - seja em meio físico ou eletrônico - a todos os potenciais interessados durante o prazo de publicidade do edital e a data da apresentação das propostas.

⁴⁴ Entre as vantagens da publicação em meios eletrônicos, está a possibilidade de disponibilização da íntegra do edital aos eventuais interessados. Ademais, enquanto a publicação na imprensa restringe-se a um aviso em um determinado dia, aquela na *Internet* permanece ao longo do tempo até a realização da licitação.

Como se percebe, as exigências de publicação são mais enxutas se comparadas àquelas previstas na Lei n. 8.666/93, onde, em algumas situações, como é o caso dos Municípios, há necessidade de publicação em três meios de divulgação diversos, o que termina por gerar custos significativos para tais entes que, no atual esquema federativo, como é sabido, são os menos favorecidos no repasse de recursos. Nesse viés, a Lei do Pregão trouxe importantes avanços, principalmente por incluir o ambiente eletrônico dentre os meios de divulgação oficial, bem como reduzir exigências excessivas no que se refere à publicação concomitante em diversos meios de comunicação.

Na esfera federal, por meio de regulamentação específica, foram estabelecidos patamares de valores para os quais se exige níveis crescentes de publicidade em diferentes meios de divulgação. A bem da verdade, como a publicação na *Internet* tornou-se obrigatória na órbita federal,⁴⁵ tal escala de valores é relevante apenas para definição da publicidade na imprensa comum. No anexo desta monografia, na página 131, foi elaborada uma tabela para melhor ilustrar a gradação de valores que determina as crescentes exigências de publicidade para cada modalidade de pregão.

Além disso, é de bom alvitre consignar o alerta do professor Joel de Menezes Niebuhr sobre a autonomia dos entes federativos para estipulação de requisitos de publicidade:

Os Estados, Distrito Federal e Municípios, em seus decretos, também devem estabelecer condições diferenciadas para publicação dos avisos de editais, nos moldes estabelecidos pela União de acordo com os valores dos respectivos contratos. Como visto, o pregão independe do valor do contrato, ao contrário das modalidades tradicionais de licitação. Logo, pode ocorrer que somas vultosas sejam licitadas mediante pregão, o que demanda publicidade dos avisos de editais mais alargada, que difunda a competitividade. Não faz sentido publicar os avisos de editais de contratos de valores consideráveis apenas em jornal de circulação local, como deve ocorrer em muitos Municípios. É razoável que, nesses casos, se exija publicidade mais ampla, que evite direcionamento (NIEBUHR, 2004, p. 106).

De outro norte, cumpre salientar que a Lei do Pregão, no seu art. 4º, V, estipulou o prazo *mínimo* de 8 (oito) dias *úteis* para apresentação das propostas, a serem contados da data de publicação do aviso. Isso significa que quando estiver em voga contratação de objetos mais complexos, como é o caso de obras e serviços

⁴⁵ Na Lei n. 10.520/02, ela é apenas facultativa.

de engenharia, nada impede que seja definido um prazo maior para entrega das propostas, de acordo com o nível de complexidade do objeto em questão, de modo a franquear aos interessados tempo razoável para apresentação de ofertas adequadas e dentro dos padrões de qualidade previamente fixados.

Sobre o assunto, o professor Joel de Menezes Niebuhr esclarece:

Nos casos em que é exigida a publicação do aviso de edital em mais de um veículo - como ocorre nas alíneas "b" e "c" do artigo 11 do Decreto Federal n. 3.555/00 -, o prazo de 8 (oito) dias úteis começa a contar da última publicação ou da efetiva disponibilidade do edital e respectivos anexos, trazendo-se à colação, de modo subsidiário, o § 3º do artigo 21 da Lei n. 8.666/93. É deveras frequente que os avisos de editais seja publicados, mas a íntegra deles não esteja disponível aos interessados. Repita-se que, nessas hipóteses, o prazo de 8 (oito) dias úteis só passa a correr depois da data em que a íntegra dos editais realmente estiver à disposição dos interessados (NIEBUHR, 2004, p. 107).

A forma de contagem dos prazos segue a mesma sistemática daquela prevista no art. 110, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, cujo comando prevê a exclusão do dia de início e inclusão do dia de vencimento para fins de cômputo do termo.

Por derradeiro, cumpre advertir que, não havendo a Lei do Pregão veiculado regras a respeito da modificação do edital, aplicam-se, subsidiariamente, as disposições previstas na Lei n. 8.666/93, mais especificamente no seu art. 21, § 4º. Assim, no caso de ser necessário realizar qualquer retificação no edital, *que necessariamente afete a formulação das propostas*, torna-se cogente nova divulgação pela mesma forma em que se deu o original, bem como reabertura do prazo originalmente estabelecido, a fim de que os mesmos - ou novos - interessados se adaptem às novas condições estipuladas para apresentação das propostas.

2.1.3 Atos preparatórios ao julgamento

O início da sessão do Pregão é marcado pela realização de um ato de extrema relevância: o credenciamento dos participantes. Nesta etapa, procede-se à identificação destes, bem como à comprovação de que dispõem de poderes para representar os licitantes, a fim de que possam praticar todos os atos derivados do certame em nome de terceiro.

Com efeito, a sua principal finalidade é verificar se aqueles que se dizem representantes dos proponentes possuem condições de atuar em nome deles na fase subsequente, isto é, a de julgamento, na qual se abre oportunidade para os proponentes autores das melhores propostas oferecerem lances orais visando à contratação do objeto da licitação. Mas não é só. Outros atos importantes, como a interposição de recursos ou a solicitação de diligências, por exemplo, dependem de prévio cadastramento dos participantes para que surtam seus efeitos.

Desse modo, o credenciamento dos participantes objetiva conferir maior segurança à Administração quanto à seriedade dos atos - notadamente dos lances - praticados por estes em nome dos licitantes ao longo do certame, na medida em que referidos atos vinculam juridicamente certo sujeito, que poderá ser o responsável por disponibilizar a solução para a necessidade da Administração futuramente.⁴⁶ Por meio desta etapa, portanto, pretende-se elidir a participação de pessoas que não guardem relação alguma com os autores das propostas e, em decorrência disso, venham a oferecer lances impertinentes que, por um motivo ou outro, não poderão ser cumpridos à frente.

Na concepção Joel de Menezes Niebuhr, a apresentação de documento para fins de credenciamento exime o licitante de apresentá-lo em momento posterior, juntamente com o envelope relativo aos documentos de habilitação:

A rigor, o ato de credenciamento é uma espécie de adiantamento parcial da habilitação, propriamente da habilitação jurídica. Nele, como visto, a Administração apura quem é o licitante, se ele tem capacidade - aos olhos do Direito - para participar da licitação, e quem o representa. Esses são, justamente, os propósitos da habilitação jurídica, tal qual definida no artigo 28 da Lei n. 8.666/93 (NIEBUHR, 2004, p. 115).

Trata-se de providência salutar para melhor aproveitamento de tempo e recursos, prestigiando-se valores tão caros ao Pregão, como a celeridade e eficiência.

De outro norte, cumpre advertir que, ao contrário do que se poderia pensar, o credenciamento não se configura como condição *sine qua non* para participação na

⁴⁶ A comprovação da existência de poderes para atuar em nome do licitante na sessão pública de pregão ocorrerá por meio da apresentação de procuração ou carta de preposição, indicando os poderes para os quais o procurador ou preposto fora investido. Nos demais casos, sendo o licitante pessoa jurídica, quando estiver presente na sessão o representante legal da empresa, bastará apresentação de cópia do estatuto ou contrato social, acompanhado de algum documento de identificação do participante, para que se comprove ser ele a pessoa mencionada nos documentos constitutivos da empresa. Paralelamente, na hipótese de proponente e participante serem a mesma pessoa física, será suficiente a apresentação ao pregoeiro de documento de identificação.

licitação. Nesse sentido, as consequências do não credenciamento limitam-se à impossibilidade de o licitante praticar alguns atos ao longo da sessão, tais como a proposição de lances, requisição de diligências, interposição de recursos etc. Dessa forma, se por qualquer motivo o licitante não obter êxito no seu credenciamento, ou mesmo se não se fizer presente na sessão de pregão, tais circunstâncias não autorizarão a sua desclassificação ou inabilitação, uma vez que o credenciamento é ato destinado a autorizar o exercício de certas prerrogativas, não se revestindo, portanto, de caráter obrigatório.⁴⁷

Outra documentação importante a ser apresentada neste momento preliminar é a declaração prevista no art. 4º, VII, da Lei n. 10.520/02, cujo objetivo é atestar que os licitantes cumprem plenamente os requisitos de habilitação. A maior parte da doutrina condena a utilidade desta declaração, ao considerá-la uma burocracia inútil.

Sobre o assunto, oportunas são as ponderações de Joel de Menezes Niebuhr:

Trata-se de formalidade que só existe nas licitações processadas mediante a modalidade pregão. Quem não cumpre, desatende exigência do edital e, em princípio, deve ser desclassificado da licitação. Contudo, a bem da verdade, tal exigência é de ordem exclusivamente burocrática, sem que se vislumbre nela qualquer utilidade consistente. Ora, o que importa é que o licitante efetivamente atenda todos os requisitos para a habilitação, não que ele declare que os atenda (NIEBUHR, 2004, p. 119).

Em seguida, na mesma linha do dispõe o dispositivo supramencionado, procede-se à entrega do envelope contendo a descrição do objeto ofertado, acompanhado do respectivo preço, a fim de que seja verificada a compatibilidade das propostas com as exigências previstas no instrumento convocatório.⁴⁸

Desta feita, como dito acima, passa-se à análise preliminar da aceitabilidade das propostas, etapa em que serão avaliados três aspectos indispensáveis para o

⁴⁷ É o caso, por exemplo, de propostas enviadas pelo Correio ou entregues por portador destituído de poderes para formular lances na sessão. Em casos tais, nos dizeres de Vera Monteiro, as propostas "não devem, a despeito da falta de específica representação, ser eliminadas de pronto do pregão. O fato de elas estarem desacompanhadas de um representante específico no dia da sessão pública do pregão não as invalida. Tais propostas devem ser consideradas e devidamente analisadas na fase de julgamento, com a ressalva de que o autor da proposta não terá chance para dar lances ou praticar qualquer ato em seu favor durante a sessão; mas isto não impede que tais propostas possam ser declaradas vencedoras, porque válidas e em conformidade com os interesses da Administração, e, eventualmente, chamados seus autores a assinar contrato." (*Licitação na modalidade de Pregão*, 2010, 2ª ed., p.141).

⁴⁸ Ressalte-se que o envelope contendo os documentos de habilitação é entregue em momento posterior, após o encerramento da etapa competitiva, com a verificação das condições subjetivas do licitante vencedor da fase competitiva.

posterior julgamento destas. O primeiro deles diz respeito ao atendimento das formalidades e exigências previstas em edital, mormente a compatibilidade entre o objeto ofertado e o objeto nele especificado; o segundo visa a verificar se o preço ofertado está dentro do limite de preço máximo estipulado em edital; e, finalmente, o terceiro busca averiguar se o preço ofertado não está excessivamente abaixo do preço de mercado, a ponto de ser considerado inexecutável, vindo a prejudicar os fins colimados pela licitação.

Quanto ao primeiro e segundo aspectos não há maiores problemas, uma vez que se trata de simples avaliação objetiva, destoadada de maiores complexidades, onde há mera conferência entre aquilo que está previsto em edital e o que foi apresentado pelo licitante.⁴⁹ Nessa linha, se o objeto apresentado não atendeu a uma das exigências editalícias ou o preço ofertado superou o limite máximo de valor fixado no instrumento convocatório, o licitante é, de pronto, desclassificado, sem maiores dificuldades.

O grande obstáculo reside na verificação do terceiro aspecto. Proceder à avaliação sobre a exequibilidade do preço apresentado, e que se encontra abaixo daquele praticado no mercado, é sempre uma tarefa ingrata e complicada. Isso porque, na quase unanimidade das vezes, a Administração não possui conhecimento técnico suficiente para formular considerações sobre tal aspecto, muito menos dispõe de instrumentos seguros para avaliar se determinado preço pode ou não ser praticado futuramente. Há inúmeros motivos que justificam o fato de o licitante estar ofertando preço inferior ao de mercado.

Em razão disso, nesta fase, por limitações de cunho técnico, a desclassificação por inexecutabilidade só deve operar-se em casos notórios e

⁴⁹ Nada impede que o instrumento convocatório exija a apresentação de amostras por parte dos licitantes nesta etapa, como forma de proporcionar uma análise mais acurada e segura sobre a compatibilidade do objeto ofertado com as exigências de qualidade e desempenho previstas em edital, quando determinadas características do objeto demandarem tal verificação, bem como a satisfação do interesse público justificar tal providência. Nem é preciso dizer que uma exigência dessa jaez, por acarretar limitação à competitividade, deve ser devidamente justificada. Marçal Justen Filho adota uma concepção restritiva quanto à utilização desse recurso, apontando alguns inconvenientes decorrentes de sua aplicação: "A ressalva que põe a ele não é cunho lógico-jurídico, mas de natureza prática. Se comparecerem dezenas de licitantes, o exame das amostras assemelhar-se-á à solução de habilitação prevista na Lei n. 8.666: rigoroso formalismo no exame de questões que, na sua esmagadora maioria, são inúteis. Ou seja, se apenas um licitante será contratado, dedicar tempo a examinar amostras de todos pode representar um certo desperdício de tempo. [...] Imagine-se um 'pregão por itens'. A exigência generalizada de amostras poderá acarretar a inviabilidade do certame" (*Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*, 4ª ed., p. 118).

incontroversos, onde não pairam dúvidas sobre a impossibilidade de se praticar determinado preço, como pondera Joel de Menezes Niebuhr:

A desclassificação do preço inexecutável, nesta fase, deve ser efetivamente excepcional, em casos flagrantes, de diferenças absurdas de valores, de situações apuradas objetivamente. Sob esse contexto, a desclassificação já é permitida, porquanto, em caso contrário a disputa verbal seria prejudicada. Ora, os licitantes com preços competitivos não conseguiriam disputar entre si, dado que não cobririam o preço do primeiro, partindo-se do pressuposto, repita-se, de se tratar de diferenças absurdas de valores, de situação evidente (NIEBUHR, 2004, p. 124).

Por outro lado, caso se repute necessário, não há óbices à promoção de diligências destinadas a esclarecer questões decorrentes da avaliação de tais aspectos. Essa providência é perfeitamente cabível em razão da aplicação subsidiária do art. 43, § 3º, da Lei n. 8.666/93, que versa sobre a promoção de diligências no decorrer do certame.

Nesse sentido, Joel de Menezes Niebuhr argumenta:

Não há razões para reputar proibidas as diligências no pregão. Se o interesse público demanda esclarecimento a respeito de qualquer situação obscura ocorrida durante a sessão, é permitido ao pregoeiro, para preservá-lo, determinar diligências. Em caso contrário, sob o argumento de se imprimir agilidade ao pregão, estar-se-ia impondo a insatisfação do interesse público, que, por exemplo, sem a diligência, admitiria proposta inadequada ou licitante inapto (NIEBUHR, 2004, p. 124).

2.1.4 Julgamento das propostas

O modo e o momento em que se dá o julgamento das propostas no Pregão são os aspectos que compõem sua idiossincrasia diferenciada e inovadora, quando comparado com as demais modalidades licitatórias tradicionais. De fato, o julgamento das ofertas em momento anterior à avaliação das condições subjetivas dos licitantes (isto é, a habilitação), bem como a competição direta entre os proponentes autores das melhores propostas escritas, numa fase em que lhes é dada oportunidade para realizar lances verbais, compõem os traços marcantes dessa modalidade de licitação, os quais, aliás, são os responsáveis pelas inúmeras vantagens e benefícios trazidos por ela.

Nesse cotejo entre as diferentes sistemáticas de licitação, torna-se cogente compreender o seguinte:

o que caracteriza e diferencia o julgamento da modalidade pregão em relação ao das demais modalidades de licitação é que nele os licitantes autores das melhores propostas escritas são convidados a participarem de uma segunda etapa de julgamento, em que se faculta aos mesmos apresentarem lances orais, reduzindo o preço inicialmente ofertado, um cobrindo o lance do outro, até que se alcance o menor valor. Nas demais modalidades, os licitantes não dispõem dessa oportunidade para renovarem as suas propostas, reduzindo o preço inicialmente proposto. Nelas, o preço consignado por escrito é definitivo (NIEBUHR, 2004, p. 128).

É oportuno observar, também, que a forma como se dá esse julgamento em nada se distancia dos já consolidados critérios de julgamento que sempre regeram o universo das licitações. É dizer, permanece o primado do julgamento objetivo, o qual, aliás, nesta modalidade, apresenta-se na sua intensidade máxima, uma vez que o critério de escolha a ser adotado será sempre o de menor preço.

Mas a busca pelo menor preço não pressupõe, por outro lado, que as exigências acerca da qualidade e desempenho dos objetos licitados por Pregão sejam menores ou mais brandas que as proporcionadas por outros critérios de julgamento, como os de *técnica e técnica e preço*.

Nesse sentido são as observações do especialista em pregão, Joel de Menezes Niebuhr:

Isso não significa, é oportuno ponderar, que no pregão a Administração descuida da qualidade dos objetos licitados. Significa apenas que a qualidade não é controlada por meio de critério de julgamento. Na realidade, a Administração, ao descrever o objeto da licitação, deve fazê-lo com todas as especificações técnicas que sejam pertinentes para assegurar a ele o padrão de qualidade desejável. (NIEBUHR, 2004, p. 127)

Como se percebe, e o que deve ser frisado, é que a qualidade e desempenho dos objetos licitados por Pregão são aspectos a serem aferidos quando da análise da compatibilidade das propostas com as especificações previstas no instrumento convocatório, e não quando da realização do julgamento propriamente dito. Para que as propostas sejam julgadas pressupõe-se, portanto, que todas elas tenham sido admitidas e que, em razão disso, estejam de acordo com as especificações mínimas de qualidade e desempenho previstas no edital.

Fixadas referidas premissas, cumpre fazer uma análise *en passant* do procedimento relativo ao julgamento das propostas.

Uma vez superada a etapa de análise preliminar de aceitabilidade das propostas, na qual se verificou a regularidade formal e material destas com os requisitos previstos em edital, procede-se ao julgamento e classificação das ofertas selecionadas em função do critério de menor preço, no intuito de se realizar a "primeira classificação provisória".⁵⁰

Desse modo, realiza-se uma espécie de *ranking*, em ordem decrescente de vantajosidade, contemplando as propostas escritas apresentadas, a fim de selecionar aquelas mais bem classificadas para etapa seguinte, qual seja, a de lances verbais, mediante um critério percentual preestabelecido na legislação.⁵¹ Esse critério percentual, vulgarmente apelidado de "regra dos 10%",⁵² compreende um intervalo formado pelo valor da oferta mais baixa e aqueles valores - das outras propostas - que a superarem em até 10% (dez por cento). Os licitantes cujas propostas de valor estiverem dentro desse intervalo estarão aptos, por conseguinte, a participar da fase de lances verbais subsequente. Os demais, como bem observa Marçal Justen Filho, estarão desqualificados.⁵³

A Lei do Pregão, em seu art. 4º, inciso VIII, não estipula um limite máximo de proponentes que podem estar compreendidos na extensão desse mencionado intervalo - o qual variará de pregão para pregão. Assim, nada impede que meia centena de licitantes seja admitida a participar da etapa de lances. O que a lei impõe, por outro viés, é um limite mínimo de 3 (três) proponentes enquadrados

⁵⁰ A expressão é de Marçal Justen Filho.

⁵¹ Isso quer dizer, por outro lado, que a classificação de uma proposta não assegura sua participação na subsequente fase de lances, núcleo do pregão.

⁵² O professor Joel de Menezes Niebuhr, com didática que lhe é peculiar, bem explica o motivo da aludida regra, ao ponderar que "o legislador induz que as propostas iniciais, as escritas, já apresentem valores deveras reduzidos. Ora, o licitante que apresentar proposta escrita em valores elevados corre grande risco de não ser classificado para a segunda etapa, logo nem sequer poderá renovar a sua proposta, através de lance verbal. Em caso contrário, se todos fossem admitidos à segunda etapa, os licitantes seriam induzidos a oferecerem propostas iniciais em valores bastante elevados, já que, em virtude deles, não sofreriam nenhum tipo de prejuízo, nem estariam em condição desvantajosa em relação aos demais, porquanto todos passariam à disputa oral praticamente em igualdade. Ademais, neste caso, com a apresentação de propostas iniciais em valores elevados, a disputa oral parte de parâmetros acima dos desejáveis, inibindo a redução considerável de preço." (*Pregão Presencial e Eletrônico*, 2004, p. 132)

⁵³ No intuito de evitar confusões terminológicas, o aludido autor assevera que "é até possível afirmar que algumas propostas não são selecionadas, mas é inviável negar sua inclusão na classificação. Talvez fosse o caso de utilizar a expressão 'qualificação' para indicar propostas que, além de classificadas, atribuem o direito de participação na fase de subsequente de lances." (*Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*, 4ª ed., p. 119)

nesse critério. Não sendo possível reunir, ao menos, três licitantes nessas condições aplica-se o disposto no art. 4º, inciso IX, da Lei n. 10.520/02, segundo o qual "não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos". Assim, por meio dessa segunda regra, de aplicação subsidiária, afasta-se o critério percentual, sem limite máximo de participantes, para adotar-se um critério numérico absoluto, baseado no valor das três melhores propostas escritas apresentadas, independentemente de sua diferença e do intervalo em que estejam abrangidas, com limite máximo de 3 (três) proponentes aptos a participar da segunda fase de julgamento.⁵⁴

Nessa toada, quanto à inexistência de previsão legal acerca de um número mínimo de licitantes para instauração da fase de lances, vêm a calhar as considerações de Marçal Justen Filho:

A Lei n. 10.520 não condiciona a validade do pregão à participação de um número mínimo de licitantes. [...] Afasta-se, desse modo, uma tentativa de invocar a redação do inc. IX do art. 4º como fundamento para adotar, em relação ao pregão, a tese do número mínimo de três licitantes. O dispositivo restringe-se a determinar que passarão à fase de lances os três proponentes melhores classificados - se houver três proponentes. [...] Em conclusão, nenhuma consequência automática se produzirá caso existir apenas um único licitante presente. A Administração poderá reputar inconveniente dar seguimento ao certame, cabendo-lhe promover a revogação em tal hipótese. Poderá entender, então, que a disputa propiciará melhores preços e que seria mais adequado renovar o procedimento para obter outros licitantes. Mas essa solução não é obrigatória. Não se pode reconhecer a participação de pelo menos três licitantes como requisito de validade do pregão. (Marçal, comentário pregão, pp. 122-123)

Outrossim, em relação à fase de lances, algumas considerações mostram-se cabíveis. Como mencionado, nela há uma disputa direta entre os proponentes envolvidos, mediante lances sucessivos até que seja declarado o vencedor. Diante disso, deve ficar claro que o viés competitivo desta fase visa primordialmente à redução do preço do objeto ofertado.

⁵⁴ Conforme sugestão de Vera Monteiro, em ambas as situações, caso duas ou mais ofertas apresentem valor idêntico, estas devem ser consideradas como se fossem uma única proposta, para fins de participação na posterior etapa de lances. De fato, em casos tais, não seria lógico pressupor qualquer espécie de preferência entre duas ofertas de mesmo valor (*Licitação na modalidade de Pregão*, 2010, 2ª ed., p.141).

Em primeiro lugar, cumpre gizar a ausência de obrigatoriedade por parte do licitante qualificado a formular lances.⁵⁵

Aliás, como decorrência desse entendimento, é plenamente possível que se verifique a ausência de quaisquer lances nesta fase, hipótese na qual poderá o pregoeiro proceder à avaliação da proposta escrita classificada em primeiro lugar para fins de contratação, ou optar pela revogação do certame, "caso seja identificada incompatibilidade entre a menor proposta e os preços de mercado" (JUSTEN FILHO, 2010, p. 127).

Esclarecedoras, também, são as observações de Joel de Menezes Niebuhr:

Quer-se dizer que o oferecimento dos lances verbais talvez não ocorra, por diversos motivos e razões. No entanto, a frustração da disputa verbal não implica frustração da própria licitação em si. A licitação deve prosseguir. O oferecimento de lances verbais deve ser concebido como uma faculdade de que dispõem os licitantes mais bem classificados, a fim de reduzirem ou ajustarem as suas propostas. A dispensa do exercício de tal faculdade pelos licitantes não constitui ilegalidade, não compromete os princípios vetores da licitação, e, por corolário, não se presta a justificar a frustração do certame como um todo, nem a amparar a revogação do mesmo. (NIEBUHR, 2004, p. 134)

Em segundo lugar, convém salientar que a formulação de lances obedece a uma sequência pré-definida, de modo a determinar quem serão os primeiros e os últimos a lançar. Dessa forma, cabe salientar que "existem sucessivas rodadas, em que cada licitante tem oportunidade própria e momento definido para formular o lance" (JUSTEN FILHO, 2010, p. 125). De acordo com art. 11, IX, do decreto regulamentador do Pregão presencial, o licitante qualificado em último lugar na etapa inicial será o primeiro a ser convidado para realizar o seu lance, sendo o proponente autor da melhor proposta escrita, por simetria, o último a ser chamado. Deve-se respeitar tal ordem a cada rodada. No caso de determinado licitante recusar-se a lançar, a solução fornecida pelo decreto regulamentador é a sua

⁵⁵ Sobre o assunto, ainda que seja sedutor entendimento em sentido contrário, preciosas são as reflexões de Marçal Justen Filho ao alegar que "[...] deve destacar-se que a circunstância de o sujeito não se interessar por formular novos lances não autoriza a Administração a convocar outros proponentes para compor o número mínimo de três. A formulação de lances é uma faculdade, não um dever para os licitantes. Para todos os efeitos, o particular continuará vinculado pelos termos de sua proposta, terá acesso à fase de lances, não sendo a ele imposta sanção alguma pela recusa. Bem por isso, se o licitante melhor classificado deixar de ser habilitado ou não for contratado em virtude de algum obstáculo, a proposta escrita deverá ser honrada pelo sujeito que não ofereceu lance. Em outras palavras, a proposta escrita vincula o sujeito tanto quanto os lances verbais posteriormente ofertados. O licitante poderá ser convocado para honrar a proposta ou o lance, mesmque, num primeiro momento, o sujeito não tenha sido classificado como vencedor (*Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*, 4ª ed., p. 25).

exclusão das rodadas seguintes, o que acarreta, por via oblíqua, sua exclusão da fase de lances.

Todavia, isso não significa sua exclusão do certame, uma vez que "todos os atos que praticou até aquele momento são válidos e vinculantes", sendo que "a única consequência é a supressão da faculdade de formular outros lances posteriores" (JUSTEN FILHO, comentário, p. 127). A declaração do vencedor do certame ocorrerá com a gradual impossibilidade de cada licitante em oferecer lances mais baixos, até que reste apenas um proponente na disputa, autor de lance que não venha a ser superado por qualquer outro de valor inferior.

Em terceiro lugar, não há possibilidade de estabelecer-se qualquer limite ao número de lances ofertados pelos licitantes. Como não há regra restritiva nesse sentido, os proponentes podem oferecer quantos lances desejarem.

Em quarto lugar, deve-se atentar para o fato de que os lances são ofertados em ordem decrescente de valores.

Nesse sentido, para evitar disputas que se restrinjam a filigranas monetárias, é imprescindível que o edital defina um nível mínimo de redução entre cada lance ofertado, como bem observa Marçal Justen Filho:

Não seria adequado o edital omitir disciplina acerca da dimensão da redução trazida pelo lance superveniente. Isso autorizaria lances cuja redução seria irrisória, com dimensão de poucos centavos ou reais a menos que o anterior. O que acarretaria desgaste e desperdício de tempo, sem obtenção de maiores vantagens. Por isso, o ato convocatório deve dispor sobre a matéria, estabelecendo o valor mínimo a menor admissível para o lance superveniente. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 126)

Não havendo previsão editalícia, a doutrina é pacífica em asseverar que cabe ao pregoeiro, por meio de seu poder de polícia e em momento anterior ao início da fase de lances verbais, fixar os limites mínimos de valor a serem observados entre cada oferta verbal.

Digna de destaque, também, é a faculdade outorgada ao licitante para propor lance de valor inferior ao anteriormente formulado por ele mesmo, ainda que superior ao lance de outro proponente. Em outras palavras, o que se pretende destacar é a faculdade posta à disposição do licitante para pleitear não só o primeiro lugar da disputa, mas também a segunda colocação ou outras posições intermediárias, uma vez que, na impossibilidade de o proponente vencedor honrar sua proposta, poderá o licitante da melhor oferta subsequente ser convocado a

contratar com a Administração, e assim sucessivamente, até que se encontre algum licitante classificado em condições de contratar.

É esse, aliás, o entendimento esposado por Marçal Justen Filho que, com supedâneo em disposição regulamentar sobre a temática, prevista no art. 24, §3º, do Regulamento do Pregão Eletrônico, assim aduziu:

Tem de reconhecer-se o interesse do sujeito não apenas em formular o lance de menor valor, mas também de posicionar-se de modo mais vantajoso na classificação geral. Portanto, o sujeito tem o direito de formular lance inferior ao que já apresentara anteriormente, mesmo que superior àquele apresentado por algum outro licitante. [...] Também pelos mesmos fundamentos [...] adota-se o entendimento de que o sujeito está legitimado a formular lance de valor igual ao já apresentado por outrem. Isso apenas assegurará ao sujeito uma primazia caso o licitante autor do lance anterior não vier a ser contratado. (JUSTEN FILHO, comentário pregão, p. 129)

Finalmente, em quinto lugar, deverá ser definido limite de tempo máximo para que os licitantes ofereçam seus lances orais. Recomenda-se, inclusive, que tal tempo esteja previsto em edital, de maneira a prestigiar a isonomia entre os partícipes. Assim, "se o tempo dado ao licitante transcorre sem manifestação definitiva a respeito de novo lance, presume-se a desistência do mesmo, consignando-se em ata o preço anteriormente proposto por ele" (NIEBUHR, 2004, p. 138).

2.1.5 Aceitabilidade das propostas

Finalizado o julgamento, com ou sem a realização da etapa de lances orais, procede-se primeiro à identificação da oferta de menor preço para que, logo em seguida, seja ela submetida a uma nova avaliação, desta vez quanto à sua viabilidade econômica (Lei n. 10.520/02, art. 4º, VII).

Importa ressaltar que a verificação da compatibilidade formal e material da proposta com as especificações do edital não é objeto de avaliação nesta etapa, pois já fora realizada em momento anterior, quando da análise das propostas escritas e conseqüente elaboração da primeira classificação provisória (Lei n. 10.520/02, art. 4º, XI).

Com efeito, é o que esclarece Joel de Menezes Niebuhr:

A bem da verdade, não há motivos para analisar novamente o objeto, dado que isso já fora feito antes do julgamento. Agora, o importante é analisar a aceitabilidade do preço, tanto no que tange ao valor máximo, quanto acerca do valor mínimo, revelando o tema da inexequibilidade. Para cumprir tal desiderato, o pregoeiro deve recorrer ao edital, que dispõe sobre os critérios de aceitabilidade das propostas (NIEBUHR, 2004, p. 146).

Desse modo, uma vez confirmada a exequibilidade da proposta de menor valor, isto é, a comprovação de que ela pode ser executada concretamente, elabora-se uma segunda classificação provisória, com base na qual se enuncia que aludida oferta sagrou-se vencedora da fase competitiva.

Todavia, a busca pela proposta extremamente vantajosa, em alguns casos, pode confundir-se com a proposta incapaz de ser cumprida. Como afirma Joel de Menezes Niebuhr, a linha que separa as propostas inexequíveis das extremamente vantajosas, é, muitas vezes, tênue, o que gera dificuldades para o agente administrativo na escolha daquela. Diante disso "é necessário analisar caso a caso, porque as peculiaridades de determinada situação fática se constituem no fato preponderante para se precisar quais propostas podem e quais não podem ser cumpridas" (NIEBUHR, 2004, p. 150). Realmente, há minúcias e justificativas que somente a análise caso concreto pode propiciar.⁵⁶

Nesse contexto, a questão da (in)exequibilidade das propostas ganha especial relevância no Pregão, porquanto o confronto direto entre proponentes, num ambiente de acirrada competição, muitas vezes pode levar os participantes a realizarem lances impensados e despropositados, sem a devida cautela e reflexão. De fato, num ambiente onde os ânimos estão à flor da pele, o ímpeto do momento e a ânsia por vitória podem conduzir os licitantes a formularem propostas inviáveis e, portanto, inexequíveis, vindo a prejudicar a Administração.

⁵⁶ Como afirma o autor, deve-se procurar investigar os motivos que levaram o licitante a oferecer uma proposta tão vantajosa e, portanto, tão discrepante dos valores médios de mercado. Desse modo, existem inúmeras situações plausíveis que levam os licitantes a realizarem esses tipos de ofertas, tais como (a) necessidade de se desfazer de estoques; (b) compra de insumos antes da alta de preços; (c) desenvolvimento de tecnologia avançada, dentre outros motivos que justificam valores tão diferenciados. Assim, sublinha o autor, não há nenhum óbice que impeça a Administração de celebrar negócios extremamente vantajosos, nem tampouco que proíba os particulares de realizarem investimentos para tornarem seus produtos ou serviços mais competitivos (*Pregão Presencial e Eletrônico*, 2004, p. 152).

Somem-se a isso as cobranças que recaem sobre o pregoeiro, bem como sua predisposição na busca de negócios extremamente vantajosos, que podem dar ensejo a experiências frustrantes, com a contratação de proponentes inaptos a honrar suas ofertas.

Os propósitos e as limitações físicas deste trabalho impossibilitam uma análise mais acurada da questão, que é de complexidade considerável. Em razão disso, a exposição dos variados pontos de vista que incidem sobre a temática será colocada em segundo plano, privilegiando-se um enfoque no desfecho da discussão.

Em vista dessas considerações, adotam-se as seguintes propostas doutrinárias, da lavra de Marçal Justen Filho, na hipótese de desclassificação de propostas sob o fundamento de inexequibilidade:

a) o fenômeno da inexequibilidade não é peculiar e exclusivo das licitações processadas segundo a Lei nº 8.666 e pode ocorrer também no âmbito de propostas e lances apresentados em licitação na modalidade de pregão; b) é impossível estabelecer critério único, uniforme e padronizado para determinar a inexequibilidade de uma proposta, inclusive no âmbito de licitação processada na modalidade de pregão; c) a decretação da inexequibilidade tem de apurar-se caso a caso por parte da Administração, tendo em vista as circunstâncias peculiares a cada licitação; d) a dissociação entre o valor proposto ou ofertado e o constante de orçamento produz presunção relativa de inexequibilidade; e) a amplitude da diferença entre o valor proposto ou ofertado e o constante do orçamento obriga a Administração a exigir comprovação por parte do particular acerca da viabilidade da execução do objeto nas condições ofertadas; f) em face da natureza específica do pregão, é impossível promover avaliação precisa da inexequibilidade antes do término da fase de lances; g) se o lance vencedor do pregão apresentar-se como significativamente mais reduzido do que o valor do orçamento, incumbirá ao pregoeiro exigir do ofertante, antes de encerrar a etapa competitiva, comprovação de que sua oferta é exequível; h) no pregão, a comprovação da exequibilidade da oferta deverá fazer-se documentalmente, através de planilhas de custos e demonstrativos que evidenciem que o valor ofertado é suficiente para cobrir as despesas referidas no art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666; i) se o licitante não dispuser de informações concretas e confiáveis, deverá reputar-se sua proposta como inexequível, eis que é irrelevante para a Lei e para a Administração que o sujeito atue com dolo ou com culpa: quem não dispuser de informações acerca dos custos necessários a executar uma prestação não poderá assegurar que sua proposta será exequível; j) o ato convocatório deverá prever o dever de o licitante (ou seu representante) portar informações acerca dos custos em que incorrerá para executar a prestação, aptas e satisfatórias para justificar a proposta ou o lance que formular (JUSTEN FILHO, 2005, p. 136).

De outro norte, em se tratando de proposta de preço que esteja acima das perspectivas da Administração, caberá ao pregoeiro, por meio do permissivo legal

contido no art. 4º, XVII, da Lei n. 10.520/02, negociar diretamente com o proponente para obter um preço melhor.

Caso a estimativa de preço da Administração esteja muito abaixo dos valores ofertados, de duas, uma: ou a estimativa está correta, e os proponentes estão supervalorizando a oferta; ou a estimativa está equivocada, e não reflete os valores de mercado. No primeiro caso o pregoeiro deve negociar com o proponente. Poderá certificar-se quanto à veracidade de suas informações e não aceitar proposta que não seja compatível com o parâmetro de valor considerado aceitável. Ou, então, poderá justificar a contratação por valor acima da estimativa feita pelo órgão, expondo nos autos do procedimento a falta de adequação entre tais valores e a realidade do mercado. O que é importante é a justificativa do pregoeiro a respeito do valor a final aceito para fins de contratação (MONTEIRO, 2010, p. 178).

Em hipótese alguma será permitido que o pregoeiro obrigue o licitante vencedor a negociar. Trata-se de uma faculdade do particular aderir ou não à negociação. Se o preço ofertado estiver dentro dos parâmetros de mercado, o proponente não pode ser compelido a reduzir seu preço simplesmente porque o pregoeiro almeja negociar, nem tampouco desclassificado por conta de sua recusa, exceto se o preço apresentado por ele estiver acima daquele orçado pela Administração.

2.1.6 Habilitação

Uma vez divulgada a segunda classificação provisória, o pregoeiro volta-se à análise da documentação de habilitação apresentada pelo licitante cujo lance (ou proposta escrita) fora declarado vencedor.

Segundo clara lição de Joel de Menezes Niebuhr, a habilitação pode ser definida como:

[...] a fase do processo de licitação pública em que a Administração avalia o licitante, precisamente se ele detém ou não as condições reputadas indispensáveis para a garantia do cumprimento das obrigações a serem futuramente assumidas com o contrato. Importa destacar que na habilitação se trata do proponente, não da proposta. (NIEBUHR, 2004, p. 156)

Assim, a comprovação de que o licitante dispõe de condições mínimas para honrar sua oferta, quando da celebração e posterior execução do contrato, será feita

por meio da análise de uma série de documentos apresentados por ele, os quais, além de estarem previstos legalmente, serão apenas os estritamente necessários à garantia do cumprimento de suas obrigações futuras, conforme imposição constitucional prevista na parte final do art. 37, XXI, da Constituição Federal.

No que se refere ao Pregão, a documentação necessária à comprovação dos requisitos de habilitação, conforme art. 4º, XIII, da Lei n. 10.520/02, deve fazer prova dos seguintes elementos: (a) situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;⁵⁷ (b) atendimento das exigências do edital relativas a: (b.i) habilitação jurídica; (b.ii) qualificação econômico-financeira; e (b.iii) qualificação técnica.

Diante disso, após a análise dessa documentação, como enuncia o professor Marçal Justen Filho:

Se estiverem preenchidos todos os requisitos documentais, o pregoeiro deverá declarar o licitante como vencedor do certame. É evidente que sua decisão deverá ser fundamentada e motivada. Deverá lavrar-se a ata de julgamento da habilitação e formalizar-se a classificação definitiva (JUSTEN FILHO, 2005, p. 149).

Como sublinhado no intróito deste capítulo, uma das peculiaridades da modalidade Pregão consiste na inversão das fases de habilitação e julgamento, quando comparada à ordem tradicionalmente veiculada na Lei n. 8.666/93 para as demais modalidades tradicionais.⁵⁸ Ou seja, promove-se uma salutar alteração procedimental, procedendo-se primeiramente à apreciação das propostas dos licitantes para, em momento posterior, analisar-se apenas e tão-somente a documentação de habilitação relativa ao proponente vencedor do certame.

⁵⁷ Caso a licitação seja realizada no âmbito estadual ou municipal, será exigida dos licitantes apenas a comprovação da regularidade fiscal perante a Fazenda Pública ligada à esfera de governo em que se desenvolve o certame. Assim, no caso de licitação ocorrida em âmbito municipal, será lícito exigir dos licitantes apenas a documentação que comprove a sua regularidade perante o Fisco municipal.

⁵⁸ Conforme observação de Joel de Menezes Niebuhr, "perceba-se que, *a priori*, a sistemática da Lei n. 8.666/93, no que tange à ordenação das fases, segue linha lógica, isto é, inicialmente analisa-se o proponente e depois a proposta. A Administração, antes de apurar o que lhe é oferecido, apura se o licitante tem ou não condições de oferecer-lhe. Apesar de lógica, a ordenação das fases de licitação disposta na Lei n. 8.666/93 induz resultados a práticos insatisfatórios, especialmente em relação à Administração Pública, que se vê envolta em cipoal de documentos, impugnações, prazos e recursos" (*Pregão Presencial e Eletrônico*, 2004, p. 158).

É o que esclarece o percuciente professor Joel de Menezes Niebuhr:

Além de tratar da habilitação depois do julgamento, a inversão de fases implica analisar os documentos de habilitação somente do autor da melhor proposta. Os envelopes com os documentos de habilitação de todos os outros licitantes permanecem fechados. Se o autor da melhor proposta é inabilitado, então se abre o envelope com os documentos de habilitação do segundo mais bem classificado e, assim, sucessivamente (NIEBHUR, 2004, p. 160).

Desse modo, não havendo nenhuma irregularidade na documentação apresentada pelo proponente vencedor da etapa anterior, quanto ao preenchimento dos requisitos necessários à sua habilitação, deverá o pregoeiro declará-lo vencedor da licitação, lavrando-se a ata de julgamento da habilitação, bem como formalizando a classificação definitiva.

Em sentido oposto, na hipótese de o licitante restar inabilitado em função de algum defeito detectado na documentação entregue, afora a possibilidade de vir a ser sancionado, nos termos do que dispõe o art. 7º da Lei n. 10.520/02, será ele excluído do certame, procedendo-se ao chamamento do segundo proponente mais bem classificado e, assim, sucessivamente, até que se encontre algum licitante classificado que atenda as exigências de habilitação.

Salienta-se, por oportuno, que não será lícito exigir do licitante convocado que iguale o preço do autor da melhor proposta, uma vez que, inexistindo imposição legal nesse sentido, a sua vinculação se dá apenas em relação à proposta (ou lance) de sua autoria.

Nessas situações de inabilitação, assim como ocorre nos casos de desclassificação por preço super-estimado ou inexequível (segunda etapa de aceitabilidade das propostas), poderá o pregoeiro estabelecer tratativas com o proponente convocado, visando à redução de preço, segundo autorização contida no art. 4º, XVII, da Lei n. 10.520/02.

2.1.7 Recursos administrativos

A decisão que formaliza a classificação definitiva, ou mesmo que declara fracassada a licitação, é o momento a partir do qual se abre oportunidade para que os participantes exerçam sua faculdade recursal. Dessa forma, os interessados

deverão anotar todas as irregularidades que reputarem ocorridas ao longo do certame e aguardar o momento do término deste para terem oportunidade de interpor seu recurso.

A sistemática recursal do Pregão adota uma lógica diversa, que se diferencia em muito daquela estabelecida para as modalidades tradicionais, prevista na Lei n. 8.666/93. A principal peculiaridade reside no fato de que o interessado disporá de apenas uma única oportunidade para interpor o seu recurso, a qual se dará na etapa final do processo licitatório.

Essa lógica decorre de a sessão do pregão ser, regra geral, concentrada e única, o que impede a realização de interrupções e questionamentos, por parte dos licitantes, no sentido de impugnar a validade dos atos administrativos perpetrados ao longo do certame, como ocorre na sistemática recursal da Lei n. 8.666/93. Dessa particularidade decorrem inúmeros ganhos de celeridade e eficiência, pois a criação de uma única fase recursal permite um melhor aproveitamento de tempo e de recursos por parte da Administração, ao decidir sobre os incidentes relativos ao certame.

A propósito, como bem adverte Marçal Justen Filho, cabe ponderar que a concessão de uma única oportunidade para interposição de recursos em nada restringe as garantias do contraditório e da ampla defesa. Isso porque o fato de os recursos serem interpostos ao final da sessão não significa suprimir a garantia de impugnação dos atos administrativos. Nessa linha, uma vez formalizada a decisão, esta produzirá efeitos imediatos, só podendo ser questionada, por meio de recurso, na derradeira etapa do processo licitatório, isto é, após a decisão final do pregoeiro que anuncia o vencedor ou o fracasso do certame. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 152).

As lições do professor Joel de Menezes Niebuhr bem sintetizam as principais características da sistemática recursal do Pregão, que podem ser elencadas nos seguintes tópicos: **(a)** há uma única oportunidade para interpor recurso, que ocorre logo após a fase de habilitação; **(b)** a presença dos licitantes na sessão é indispensável para que se possa interpor recurso; **(c)** será exigida manifestação imediata da intenção de recorrer, além dos motivos do recurso; **(d)** o prazo para interposição do recurso é de 3 (três) dias corridos;⁵⁹ **(e)** a intimação dos demais

⁵⁹ O autor sustenta que a interposição do recurso se dá apenas quando da posterior apresentação das razões que o acompanham, dentro do prazo de 3 (três) dias definido na legislação. Nesse sentido, para o professor catarinense, a interposição do recurso ocorre em duas etapas:

licitantes acerca do recurso ocorre na própria sessão, momento em que lhes é outorgado o prazo de 3 (três) dias para se manifestarem sobre este, os quais são contados do término do prazo de que dispõe o licitante recorrente; **(f)** os recursos são encaminhados ao condutor do processo licitatório, isto é, o pregoeiro, que poderá rever sua decisão, ou, caso contrário, deverá encaminhá-los à autoridade competente, que dará a palavra final; e **(h)** o recurso goza de efeito suspensivo, razão pela qual não se pode dar continuidade à licitação antes da decisão definitiva sobre eles. (NIEBUHR, 2004, p. 173)

Sublinhe-se, por fim, a faculdade prevista no art. 109, inciso II, da Lei n. 8.666/93, que compreende o exercício do direito de representação, a qualquer tempo, por parte de licitantes e dos cidadãos em geral, em relação a ilegalidades cometidas no decorrer do certame, o qual - é importante frisar - não se confunde com o recurso sumariamente analisado acima, previsto no art. 4º, XVII, da Lei do Pregão.

2.1.8 Fase integrativa do Pregão e assinatura do contrato

Superada a fase recursal, com a prolação das decisões relativas aos recursos, ou mesmo na hipótese de não haver interposição destes, abre-se espaço para a fase integrativa do pregão, que constitui "o conjunto de atos administrativos que servem a finalizar o processo de licitação, compreendendo a elaboração da ata da sessão, adjudicação e homologação". (NIEBUHR, 2004, p. 175)

A confecção da ata de sessão, por meio da descrição de tudo aquilo que ocorreu ao longo do curso da sessão de pregão, tem por função assegurar a efetivação do princípio da publicidade, de modo a possibilitar a futura fiscalização por parte dos cidadãos em geral e dos agentes de controle a respeito da regularidade dos atos administrativos praticados durante o certame, à luz do disposto no art. 8º da Lei n. 10.520/02 (NIEBUHR, 2004, p.175).

primeiramente, o licitante manifesta "intenção de recorrer" a fim de evitar a decadência do direito de interpô-lo; num segundo momento, ocorre a interposição do recurso propriamente dito. (p. 170). Em sentido oposto, Marçal Justen Filho defende que a insurgência verbal constitui-se no próprio recurso, em razão da sistemática informal adotada pela Lei do Pregão. Ademais, o autor paulista propugna a facultatividade de apresentação das razões recursais, motivo pelo qual, na sua ausência, será apreciado tão-somente o conteúdo das razões enunciadas verbalmente. (*Pregão Presencial e Eletrônico*, 2004, p. 154)

De outro rumo, a adjudicação é ato administrativo pelo qual se declara a conclusão do processo competitivo, com o anúncio da vitória de um determinado licitante. No que se refere a esta etapa, o professor Marçal Justen Filho, realizando uma distinção entre a noção de adjudicação abarcada na legislação correlata ao pregão daquela prevista para as demais modalidades de licitações,⁶⁰ afirma o seguinte:

A disciplina adota na Lei n. 10.520 evidencia, de modo claro, que se adotou uma concepção meramente declaratória de adjudicação. Trata-se de ato administrativo em que se declara a conclusão do processo competitivo, com a vitória de um licitante determinado. Mas nenhum outro efeito jurídico é produzido por uma adjudicação assim configurada, a qual gera consequências no estrito âmbito do certame. É um ato de conclusão do certame, pura e simplesmente. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 161)

A homologação, por sua vez, é o momento pelo qual a autoridade competente exerce juízo de legalidade e conveniência acerca da licitação.

A propósito, confira-se abaixo os ensinamentos de Joel de Menezes Niebuhr sobre o assunto:

Na homologação, a autoridade competente empreende dois juízos distintos: quanto ao mérito e quanto à legalidade. No que tange ao mérito, ela vai avaliar se continua a haver interesse público em realizar a contratação. Se a autoridade competente reputa inconveniente proceder à contratação, deve revogar a licitação pública, concedendo ampla defesa ao licitante que obteve a adjudicação, sempre declinando os motivos de sua decisão, que não podem ser anterior à data da assinatura do instrumento convocatório [...] No tocante à legalidade, a autoridade competente deve verificar as providências tomadas pelo pregoeiro, a fim de constatar a regularidade do processo. Se ela percebe vício de competência, formalidade ou procedimental que possa ser sanado, deve convalidar o ato afetado. Se ela constata outros tipos de vicissitudes, deve anular o ato contaminado e, a partir dele, se possível, iniciar novamente o procedimento [...] (NIEBUHR, 2004, p. 181).

Assim, uma vez verificada a inexistência de irregularidades indelévels, bem como a manutenção dos motivos que pautaram a realização do certame, procede-se

⁶⁰ Na concepção do mencionado comentarista, no âmbito das demais modalidades licitatórias, a adjudicação caracteriza-se como ato administrativo de natureza constitutiva, gerando efeitos jurídicos próprios, que consistem na vinculação jurídica da Administração Pública perante o vencedor da licitação. Há, portanto, uma alteração na situação jurídica do licitante, o qual passa a ser investido em direitos e deveres até então inexistentes. Ademais, em suas argumentações, afirma que tal modalidade de adjudicação, isto é, a constitutiva, só poderá ser praticada por autoridade investida de poderes para representar a unidade administrativa licitante, o que inviabilizaria sua prática por agentes administrativos subalternos, como é caso do pregoeiro, que não detém tal condição de representação. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 161)

à homologação deste, abrindo-se caminho para a celebração do contrato com o adjudicatário, ou seja, o particular vencedor da licitação.⁶¹

Ainda, no que se refere à competência para realização dos atos de adjudicação e homologação, expõe-se as seguintes conclusões, com base nas lições de Joel Menezes Niebuhr: (a) caso não haja recurso, o pregoeiro é o responsável pela adjudicação, devendo fazê-lo imediatamente, na própria sessão; (b) havendo recurso, a autoridade competente, junto com a decisão sobre o mesmo, já adjudica o objeto da licitação ao vencedor; (c) em qualquer hipótese, não há dúvida de que o responsável pela homologação é a autoridade competente (NIEBUHR, 2004, p. 178).

Por fim, concluídas todas essas etapas, restará à Administração convocar o licitante vencedor do certame para assinar o contrato, nos termos do art. 4º, inciso XXII, da Lei n. 10.520/02.

Havendo recusa por parte do adjudicatário em assinar o contrato, ainda dentro do prazo de validade de sua proposta, segundo dispõe o inciso XXIII do art. 4º da supramencionada lei, deverá ser convocado o segundo licitante mais bem classificado para assinar o contrato, após verificada a aceitabilidade de sua proposta bem como o atendimento das condições de habilitação previstas em edital. Nessa situação, caso se repute conveniente, é possível que o pregoeiro estabeleça negociação com o licitante convocado no que se refere à sua oferta de preço, por aplicação do art. 4º, inciso XVII, da Lei n. 10.520/02.

2.2 Pregão na forma Eletrônica

De início, como bem adverte Vera Monteiro, cumpre salientar que o pregão eletrônico não se trata de uma nova modalidade de licitação. Antes, corresponde a outra espécie de Pregão que, diferentemente do pregão presencial, se desenvolve por meio da utilização de recursos de informática e de tecnologia da informação, o que significa a transposição da sessão pública do pregão para um ambiente virtual,

⁶¹ Na esteira do que dispõem os arts. 20 e 21, inciso XII, do Decreto Federal n. 3.555/00, após a conclusão do certame, com a sua respectiva homologação, torna-se necessário realizar a publicação do resultado da licitação. Procede-se de modo similar quando da celebração da futura avença, exigindo-se a publicação do extrato do contrato.

abrigado na rede mundial de computadores, isto é, a *Internet* (MONTEIRO, 2010, p.199).

Assim, pode-se dizer que o pregão eletrônico é espécie de modalidade de licitação pública na qual os regramentos do pregão presencial, previstos na Lei n. 10.520/02, são adaptados ao ambiente virtual da *Internet*, como forma de promover a realização dessa modalidade de licitação (NIEBUHR, 2004, p. 226).

Nessa perspectiva, não obstante tal adaptação acarrete algumas mudanças de cunho procedimental, frisa-se que não é possível qualquer inovação da ordem jurídica que importe restrição ao âmbito de participação, à publicidade do certame e ao controle dos atos administrativos pelos interessados. Por isso, tal qual no pregão presencial, tornam-se necessários o registro de todos os atos e a formalização do processo administrativo de escolha do particular até a celebração do contrato (MONTEIRO, 2010, p.199).⁶²

É o que esclarece o professor Joel de Menezes Niebuhr:

[...] muito embora haja uma série de distinções nos procedimentos do pregão presencial e do eletrônico, ambos partem da mesma espinha dorsal, por efeito do qual compartilham as mesmas premissas, os mesmos objetivos e os mesmos princípios jurídicos. As referidas distinções existem porque é necessário adaptar o procedimento presencial, em que os licitantes se fazem presentes num espaço físico, ao procedimento eletrônico, em que os licitantes atuam através do espaço virtual. [...] Portanto, a interpretação das normas a respeito do pregão eletrônico não deve se afastar ou partir de pressupostos distintos da interpretação das normas sobre o pregão presencial. (NIEBUHR, 2004, p. 227)

No mesmo sentido, porém sinalizando preocupação pelo fato de todo o *iter* procedimental relativo ao pregão eletrônico estar disciplinado num diploma infra-legal, Marçal Justen Filho discorre que:

Não é invocável, sob o ponto de vista constitucional, a peculiaridade tecnológica para justificar que o regulamento federal introduza regulação inovadora, desvinculada de qualquer regra legal. Deve ter-se em vista que o texto determinou algumas formalidades e disciplinou regras de cunho procedimental. Esse mesmo texto previu a regulamentação do pregão eletrônico. A existência de características técnicas no pregão eletrônico não autoriza um decreto adotar soluções radicalmente distintas daquelas constantes da lei regulamentada. Se a vontade estatal, ao adotar o pregão eletrônico, era acolher inovações normativas radicais, então a única alternativa seria a utilização do instrumento legislativo (JUSTEN FILHO, 2005, p. 222)

⁶² Todavia, há de se reconhecer que, na prática, a teoria é outra.

Diante dessas constatações, muito embora se admita que a regulação do pregão eletrônico tenha sido fruto de uma delegação legislativa claramente inconstitucional, haja vista que a Lei n. 10.520/02, através do § 1º do seu art. 2º, indevidamente atribuiu competência ao Executivo para inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações, ao determinar que todo o procedimento relativo à modalidade eletrônica fosse disciplinado por meio de regulamento, realizar-se-á, ainda sim, uma breve análise de suas etapas procedimentais, apontando as principais características que a diferem da modalidade presencial.

Por isso, ignorando a inconstitucionalidade de tal decreto e reconhecendo sua eficácia, é que se analisam as normas dele, ainda que, na realidade, as mesmas sejam inconstitucionais (NIEBUHR, 2004, p. 255) .

No mais, quanto àquilo que guardar equivalência entre ambas as modalidades, far-se-á mera remissão ao que fora precedentemente abordado quando da análise do procedimento relativo ao pregão presencial.

2.2.1 Fase Interna

As normas relativas à fase interna do pregão eletrônico pouco diferem daquelas previstas para o pregão presencial. As especificidades da modalidade eletrônica concentram-se, sobremaneira, na fase externa do certame, mormente no modo como a disputa entre os licitantes se desenvolve no ambiente virtual da *Internet*.

No mais, faz-se remessa ao subtópico 2.1.1 sobre o pregão presencial.

2.2.2 Publicidade do Edital

A sistemática de publicação dos editais e dos avisos de editais relativa às duas espécies de pregão é praticamente idêntica, promovendo-se apenas uma alteração nos patamares de valor para publicidade nos meios de divulgação da imprensa comum, isto é, em papel. Salienta-se que, para ambas as modalidades, a

disponibilização da íntegra do edital em endereço eletrônico situado na *Internet* é obrigatória, independentemente do valor estimado para a futura contratação.⁶³

De resto, faz-se remessa ao subtópico 2.1.2 sobre o pregão presencial.

2.2.3 Atos preparatórios ao julgamento

Nesta etapa, as principais diferenças dizem respeito ao credenciamento. Primeiramente, como na modalidade virtual o acesso ao sistema eletrônico é condição para a ocorrência da disputa, não só os licitantes devem se credenciar, mas também os demais agentes administrativos envolvidos na realização do certame devem tomar tal providência.

Ademais, sublinha-se que, no pregão eletrônico, o credenciamento de tais sujeitos é prévio, isto é, ocorre em momento anterior à realização da sessão. Já na modalidade presencial tal ato se dá no início da sessão.

Por fim, destaca-se que, enquanto no pregão presencial o credenciamento dos licitantes não é requisito para sua participação no certame, eis que se trata de uma faculdade posta à sua disposição, no pregão eletrônico, este é pressuposto para sua participação na disputa, uma vez que, para operar o sistema eletrônico, realizando os diversos atos procedimentais, todos os sujeitos envolvidos devem possuir chave de identificação e senha, os quais possibilitem acesso a ele.

Soma-se a isso a exigência de registro cadastral prévio,⁶⁴ com a finalidade de agilizar e simplificar o processo de habilitação, como condição para o credenciamento no sistema de informática dos interessados em participar do pregão eletrônico (NIEBUHR, 2004, p. 252).

No mais, consulte-se o subtópico 2.1.3 sobre o pregão presencial.

⁶³ A tabela com referidos valores encontra-se no anexo desse trabalho, na página 131.

⁶⁴ Na órbita federal, em se tratando de órgão ou entidade federal integrante do Sistema de Serviços Gerais (SISG), referido cadastro é obrigatório e deverá ser feito no âmbito do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF). Além disso, exige-se que o cadastro seja constantemente atualizado como requisito para manutenção do credenciamento no sistema de informática.

2.2.4 Julgamento das propostas

O julgamento das propostas no pregão eletrônico apresenta duas peculiaridades de relevo, que o diferem da variante presencial.

A primeira delas é a inexistência de uma fase de lances reservada aos licitantes autores das melhores propostas. Noutros termos, não é aplicável a denominada "regra dos 10%", ou, subsidiariamente, a regra das três melhores propostas de preço, como visto acima. Com efeito, a todos os licitantes classificados é facultado participar da etapa de lances, não havendo, inclusive, uma ordem predeterminada para oferecimento destes, os quais podem ser formulados de modo aleatório e repetidas vezes.⁶⁵

São essas, aliás, as constatações de Joel de Menezes Niebuhr, que tece duras críticas à inovação infra-legal, eis que inconveniente e contrária à lei que pretende regulamentar, como apontado abaixo:

Portanto, depois de identificados as propostas recebidas e aceitas pelo pregoeiro [...], é facultado aos licitantes, sem exclusão de qualquer um deles, encaminharem os lances. Registre-se que não há qualquer outra norma no Decreto Federal que disponha de modo diverso, em harmonia com a sistemática introduzida na Lei n. 10.520/02. Isso significa que no pregão eletrônico todos os licitantes, desde que as proposta dos mesmos sejam aceitas, gozam da faculdade de as renovarem, por meio de oferecimento de lances, através da internet. Não há qualquer parâmetro ou condição especial: a todos os licitantes é permitido o oferecimento de lances. [...] Afora isso, quanto ao mérito de tal sistemática, convém salientar que ela induz à apresentação de propostas com valores iniciais elevados. Por via de consequência, ela induz os licitantes à disputa através dos lances verbais a partir de valores elevados, o que não interessa, nem remotamente à Administração. (NIEBUHR, 2004, p. 277)

A segunda peculiaridade diz respeito ao momento de encerramento da etapa competitiva, o qual, segundo dispõe o art. 24, § 7º, do Decreto n. 5.450/05, será realizado pelo próprio sistema eletrônico, por meio de aviso de fechamento iminente da fase de lances, após o que "transcorrerá um período de tempo de até 30 minutos, aleatoriamente definido, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances".

⁶⁵ Como bem esclarece Jair Eduardo Santana, há somente duas limitações quanto à formulação de lances: (a) o lance deve ser menor que o anteriormente ofertado pelo próprio licitante e, simultaneamente, (b) diferente de qualquer outro registrado no sistema. Os lances iguais serão registrados pelo sistema, porém ordenados segundo ordem cronológica (*Tempo Aleatório (randômico) ou Prorrogação Automática? Qual a melhor (e possível) solução?*, mar/2009, p. 15).

Desse modo, como, na prática, esse tempo aleatoriamente definido pelo sistema — também denominado tempo randômico — não é informado aos participantes, tal circunstância força-os a se anteciparem e a reduzirem de uma vez os seus preços, fazendo com que estes apresentem "o quanto antes os seus lances, sob pena de, a qualquer momento, sem esperarem, verem a disputa encerrar-se, sem conseguirem oferecer as suas melhores propostas" (NIEBUHR, 2004, p. 282).

Todavia, não obstante referida vantagem, o sigilo referente ao tempo restante para encerramento da disputa também proporciona desvantagem, ao relegar à sorte a escolha da proposta mais vantajosa à Administração, como bem observa Joel de Menezes Niebuhr:

O ponto negativo no tocante à não divulgação do tempo determinado pelo sistema tem a ver com a possibilidade de escolher-se o vencedor da licitação de maneira fortuita, por um golpe de sorte ou de azar. Por exemplo, licitante pode ser impedido de oferecer ótima proposta à Administração, porque, quando ele se preparava para fazê-lo, o sistema resolver por bem encerrar a recepção de lances. Argumenta-se que isso pode ensejar situação de injustiça, na medida em que tal licitante sequer tinha conhecimento do tempo de que dispunha. Se ele tivesse conhecimento do tempo e não tivesse apresentado o lance dentro dele, daí ele deveria ser acusado de negligente. Mas, se ele não soube do limite de tempo, ele não deve ser reputado negligente, quanto mais com má-sorte. Ou seja, no final das contas, o vencedor do pregão eletrônico é escolhido pelo acaso, em virtude de um fato não informado aos licitantes (NIEBUHR, 2004, p. 284).

Alternativa interessante para a disciplina do encerramento do tempo de disputa no pregão eletrônico corresponde àquela aplicada no âmbito da SABESP (Companhia de Saneamento Básico de São Paulo), em que há uma prorrogação automática de tempo para cada novo lance formulado ao final do certame. Assim, uma vez atingidos os 5 (cinco) minutos finais da disputa, a cada novo lance realizado, promove-se um acréscimo automático de 5 (cinco) minutos ao tempo de duração do certame. A prorrogação ocorre de maneira sucessiva até que não mais sejam registrados lances. Dessa forma, o esgotamento ou exaustão de ofertas ganha consistência aparente porque se minimiza a possibilidade de perda de bons negócios em razão de eventual exiguidade de tempo para a formulação de lances, ocasionada pelo encerramento iminente da disputa, como acontece na sistemática de tempo randômico (SANTANA, 2009, p.18).

No mais, consulte-se o subtópico 2.1.4 sobre o pregão presencial.

2.2.5 Aceitabilidade das propostas

No que tange ao exame da aceitabilidade das propostas quanto ao preço, que ocorre logo após o encerramento da etapa competitiva, inexistem diferenças substanciais entre os procedimentos previstos para cada espécie de pregão, razão pela qual se faz remessa ao subtópico 2.1.5 atinente ao pregão presencial, onde tais questões são oportunamente tratadas.

2.2.6 Habilitação

Quanto ao procedimento de habilitação no pregão eletrônico, circunstância esdrúxula, e que salta aos olhos, é exigência de que certos documentos de habilitação,⁶⁶ os quais não se encontram contemplados dentre aqueles registrados no SICAF, sejam remetidos por fax à repartição responsável pela realização do certame, exigindo-se, ainda, que tais documentos sejam posteriormente enviados à mesma repartição, em versão original ou cópia autenticada, no prazo estipulado em edital, como forma de perfectibilizar a habilitação do licitante.

Com efeito, não são necessários maiores conhecimentos jurídicos para se dar conta de que aludida imposição é altamente impertinente, tendo em vista que promove um sincretismo de meios — o físico e o eletrônico — que mais traz prejuízos do que benefícios à sistemática do pregão eletrônico. Ora, no atual estágio tecnológico, não há nenhuma razão de cunho lógico que justifique a manutenção de tecnologias ultrapassadas em detrimento de outras que, atualmente, cumprem tão bem ou melhor os propósitos para os quais aquelas foram criadas. Sem dúvida, nada impediria que tal impasse fosse solucionado com a simples digitalização de tais documentos e posterior envio por meio do próprio sistema ou, até mesmo, via *e-mail*. Aliás, recursos tecnológicos não faltam, inclusive para resguardo da autenticidade desses documentos digitais, mediante o uso de técnicas de criptografia e chaves de segurança.

De resto, faz-se remessa ao subtópico 2.1.2 sobre o pregão presencial.

⁶⁶ Geralmente os referentes à qualificação técnica e econômica-financeira.

2.2.7 Recursos administrativos

A sistemática recursal do pregão eletrônico é semelhante àquela prevista para a modalidade presencial. Diante disso, faz-se remessa ao subtópico 2.1.2 sobre o pregão presencial.

2.2.8 Fase integrativa do Pregão e assinatura do contrato

As fases integrativas de ambas as formas assemelham-se. Assim, faz-se remessa ao subtópico 2.1.2 sobre o pregão presencial.

2.3 Cotejo analítico

Analizado o aspecto procedimental de cada espécie de Pregão, passa-se à abordagem das vantagens e desvantagens que repercutem no contexto de aplicação de cada uma delas. O cotejo ora proposto baseia-se na comparação feita pelo professor Joel de Menezes Niebuhr em sua obra sobre a modalidade Pregão, intitulada "Pregão Presencial e Eletrônico".

2.3.1 Vantagens do pregão eletrônico em relação ao presencial

As principais vantagens do pregão eletrônico em comparação à forma presencial estão relacionadas nos tópicos abaixo:

I) *Economia de papel e redução de burocracia* — O pregão eletrônico, por desenvolver-se em ambiente virtual, através da Internet, proporciona uma acentuada economia de papel em relação ao pregão presencial. Isso significa que várias formalidades e burocracias são eliminadas, gerando maior aproveitamento de tempo e recursos. Todavia, convém ressaltar que o simples fato de o pregão eletrônico realizar-se num ambiente digital não autoriza supor a inexistência de formalidades mínimas. Com efeito, o uso do papel ainda guarda importante função para fins de

controle e fiscalização, uma vez que todos os atos do procedimento licitatório devem ser documentados e autuados num processo físico.

II) *Simplificação das atividades do pregoeiro* — Ao contrário do que ocorre no pregão presencial, onde a atividade do pregoeiro é variada e complexa, sendo responsável por uma série de incumbências, no pregão eletrônico, o papel do pregoeiro é acentuadamente diminuído, em razão do auxílio de recursos tecnológicos e computacionais. Na modalidade física de Pregão, o pregoeiro é nitidamente sobrecarregado, devendo suportar inúmeros encargos, tais como credenciamento, recebimento de envelopes, classificação de licitantes, registro e classificação de lances verbais, análise da aceitabilidade das propostas e dos documentos de habilitação, análise de possíveis recursos e, conforme o caso, adjudicação do objeto do certame. Sem contar sua função de fomentar a competição, na fase de lances, o que lhe exige desenvoltura e ausência de timidez. Tudo isso gera evidentes desgastes e consumo de tempo, tornando uma sessão de pregão presencial, muitas vezes, consideravelmente longa. Por outro lado, na forma virtual de Pregão, o sistema se encarrega de realizar várias tarefas que, na forma presencial, seriam de incumbência do pregoeiro. Assim, o credenciamento, o recebimento das propostas, o recebimento de lances e sua ordenação, todos eles, são recebidos e gerenciados por programa computacional, o que torna a atividade do pregoeiro muito mais simples.

III) *Facilidade de realização de licitação por itens* — Outra vantagem do pregão eletrônico é bem visualizada no caso de licitações onde existe uma imensa quantidade de itens a serem julgados, como naquelas referentes à aquisição de material de expediente, medicamentos, gêneros alimentícios, peças, materiais de limpeza etc. Em casos tais, se fosse utilizada a forma presencial de Pregão, para cada item, o pregoeiro deveria dar oportunidade para realização de lances verbais, incumbindo-se de colhê-los e classificá-los, o que tornaria o procedimento excessivamente moroso e exaustivo, na hipótese de haver centenas deles. Ao revés, no caso do Pregão eletrônico, como é o sistema computacional que procederá à função de ordenar e receber os lances, com relação a cada um dos itens licitados, os encargos do pregoeiro são sobremaneira diminuídos, razão pela qual a sessão de Pregão pode ser concluída em poucas horas.

IV) *Aproximação de pessoas e encurtamento de distâncias* — Sem dúvida, essa é principal vantagem do pregão eletrônico em relação ao presencial, uma vez que, por meio da *Internet*, franqueia-se a possibilidade de diversas pessoas localizadas em vários pontos do país acorrerem ao certame, o que gera uma inegável ampliação da competitividade. Isso é facilmente explicado pelo fato de que, no Pregão presencial, exige-se que os licitantes se façam representados na sessão pública para que possam efetuar lances e, eventualmente, interponer recursos. Diante disso, como o êxito no pregão presencial frequentemente depende de o licitante estar representado na sessão pública, é muito comum que somente os ofertantes próximos ao local de realização da sessão do certame tenham interesse em dela participar. A título ilustrativo, é pouco provável que um ofertante localizado no Sul do país tenha interesse em participar de licitação promovida na região Norte, haja vista que não estará disposto a investir recursos para o envio de preposto apto a representá-lo no certame, sem que haja qualquer garantia de retorno. Esse é o motivo pelo qual a competitividade do pregão presencial, na maior parte dos casos, encontra-se restrita às pessoas da região do lugar da licitação. De outro norte, com o uso do Pregão eletrônico, tal inconveniente é praticamente eliminado, pois bastará a utilização de computador com acesso à *Internet* para que ofertantes distantes do lugar do certame tenham condições de participar dele sem maiores investimentos e riscos. Assim, em razão dos baixos custos exigidos para participação na licitação, amplia-se a possibilidade de mais empresas e pessoas dela participarem, propiciando a apresentação de um maior número de ofertas, o que aumenta as chances de a Administração firmar contratos mais vantajosos em prol do interesse público.

2.3.2.2 Desvantagens do Pregão eletrônico em relação ao presencial

É inegável que o surgimento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's) constituiu-se num marco civilizatório modelador da sociedade pós-moderna, pois contribuiu para um rápido e intenso progresso das mais variadas formas de interação entre pessoas, além de franquear a disseminação de uma gama

imensurável de informação e conhecimento, os quais puderam ser compartilhados e discutidos em escala global. Entretanto, não obstante as inúmeras benesses trazidas, verifica-se que o acesso a tais tecnologias encontra-se restrito a uma pequena parcela - privilegiada - da população. Essa constatação, aliás, chama a atenção para o fato de que a adoção de certa tecnologia deve ser avaliada com parcimônia, tendo em vista que, paralelamente à sua implementação, se produz uma exclusão inevitável daqueles que não têm acesso a ela.

A adoção do Pregão eletrônico bem simboliza os nefastos efeitos que revoluções tecnológicas repentinas, de conhecimento elitizado, podem gerar numa sociedade marcada pela desigualdade e elevadas taxas de exclusão.

É essa, inclusive, a abordagem realizada por Joel de Menezes Niebuhr:

É notório que o êxito do pregão eletrônico pressupõe disposição da tecnologia adequada: é recomendável que o licitante disponha de bom equipamento, de internet de banda larga, de pessoal treinado, etc. E o ponto é que há inúmeras empresas e pessoas, fornecedores da Administração Pública, ainda não informatizadas, que não dispõem da tecnologia e do conhecimento para participar com sucesso de pregão eletrônico. Normalmente, tais fornecedores exercem comércio de pequeno porte, de varejo, como o são as mercearias e oficinas mecânicas. Na verdade, também há muitas entidades da Administração Pública, especialmente pequenos Municípios, que não dispõem da tecnologia e do conhecimento para promover com sucesso pregão eletrônico.

Sob essa perspectiva, muito embora, por um lado, o pregão eletrônico amplie a competitividade, por outro, se utilizado indistintamente, para objetos cujos fornecedores ainda não disponham de tecnologia, o efeito tende a ser contrário, restringindo a competitividade. Se os possíveis interessados na licitação não estiverem informatizados e se a mesma for realizada através do pregão eletrônico, é quase certo que eles não participarão dela. Nesse caso, a adoção do pregão eletrônico, em vez de benefício, acarreta prejuízo à Administração, na medida em que será menor o número de licitantes. Talvez, alguém que te ótima proposta à Administração seja desencorajado a participar dela pelo fato de não dispor de tecnologia para o pregão (NIEBUHR, 2004, p. 231).

Portanto, é preciso olhar atento por parte do administrador público ao adotar o Pregão em sua modalidade eletrônica. Em certas ocasiões, tal preferência poderá redundar em redução de competitividade, caso o mercado fornecedor do objeto ainda não esteja adaptado às funcionalidades proporcionadas por tais recursos de tecnologia da informação. Nesse aspecto, o administrador deverá pautar sua escolha em atenção ao viés democrático que permeia a finalidade da licitação, sempre buscando ampliar as oportunidades de participação, de acordo com o tratamento que o caso concreto exige.

3. CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA PELA MODALIDADE PREGÃO

O terceiro capítulo desta monografia objetiva traçar os principais argumentos de ordem jurídica e técnica que amparam a viabilidade da contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade Pregão.

Para o alcance desse desiderato, será realizado um breve apanhado sobre as variadas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que traçam os contornos da temática em questão, a fim de propiciar um substrato teórico apto a promover a compreensão do problema proposto, bem como apontar as possíveis soluções.

Com base nisso, far-se-á, primeiramente, uma análise detida sobre a hipótese de cabimento da modalidade licitatória em questão, procurando esclarecer, por meio de subsídios doutrinários e jurisprudenciais, os meandros que permeiam o conceito da expressão "bens e serviços comuns".

Em seguida, realizar-se-á uma análise crítica acerca das proibições regulamentares incidentes sobre a contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão, do ponto de vista da legalidade.

Por fim, num terceiro momento, valendo-se das conclusões alcançadas nos tópicos precedentes, e com base em novos elementos e interpretações, será proposto um critério legal — e não somente técnico — para promover a distinção de bens e serviços *comuns* daqueles *não-comuns* ou *especiais*.

De fato, não se nega que superar o obstáculo de dar juridicidade e legitimidade às contratações de obras e serviços de engenharia por Pregão pressupõe, atualmente, um aprimorado exercício de hermenêutica sobre a complexidade do ordenamento vigente, dos fatos sociais envolvidos, bem como das tendências de grande parcela da sociedade envolvida, uma vez que a Lei n. 8.666/93 (Lei Geral de Contratações Públicas) não é clara, as interpretações são divergentes e a jurisprudência não é uníssona. É nesse contexto que surge o dever do intérprete de conferir o sentido adequado à norma objeto de estudo, levando em consideração não só as razões de direito dela decorrentes, como também elementos do âmbito prático, os quais circundam e condicionam, de igual modo, a aplicação do ato normativo (FERNANDES, 2010).

3.1. Bens e serviços comuns: interpretações e desdobramentos

A Lei n. 10.520/02 delimita em seu artigo inaugural o âmbito de aplicação do Pregão, ao asseverar que a adoção de tal modalidade destina-se à aquisição de *bens e serviços comuns* pela Administração Pública. Em seguida, no parágrafo único do mesmo artigo, a lei oferece uma definição do que vem a ser tal expressão. É o que se extrai do seu texto:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.
Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Acerca desse importante dispositivo normativo, Vera Monteiro traz oportunas conclusões:

Esta definição não é suficiente, por si só, para esclarecer por completo o âmbito de aplicabilidade da nova lei. A dificuldade está em saber-se o que está incluído neste conceito e o que não está, para os fins da Lei do Pregão. É preciso interpretar. **Ao determinar o cabimento da nova modalidade licitatória o legislador fez uso de um conceito fluido, onde o enfrentamento do caso concreto passa a ser extremamente relevante para aferição da validade da solução adotada pelo administrador público. A decisão sobre o que cabe no conceito de bem e serviço comum é própria da Administração e será tomada pelo órgão que determinará a abertura da licitação.** Isto não significa dizer, no entanto, que a fluidez do conceito autorize o exercício de qualquer competência discricionária pela Administração (MONTEIRO, 2010, p. 84). (grifou-se)

Como se depreende das palavras da autora, a hipótese de cabimento do Pregão envolve uma expressão de alto nível de indeterminação semântica, a qual irremediavelmente depende da análise do contexto fático no qual está inserida, de modo a possibilitar uma compreensão mais precisa acerca de seu significado.

No mesmo sentido posiciona-se Joel de Menezes Niebuhr:

Bem e serviço comum é o tipo de expressão com larga fluidez semântica, cujo conceito costuma denominar-se de indeterminado, na medida em que pode variar de acordo com a subjetividade do interlocutor. Quer dizer que o objeto reputado comum para alguém talvez não o seja aos olhos de outrem, sem que se possa, em grande parte dos casos, determinar com precisão científica quem está certo ou quem está errado. Nessas situações, é possível, no máximo, exprimir outra opinião, carregada de subjetividade,

que não pode pretender aceitação universal. Contudo, apesar da fluidez semântica da expressão *bem e serviço* comum, a ela se atribui, tal qual se atribui a todas as expressões, um conceito, um significado. Se não fosse possível atribuir-lhe um conceito ou um significado, não seria uma expressão, mas um amontoado de letras. Note-se que a locução *conceitos indeterminados* pressupõe existir algum conceito que, conquanto não seja preciso, definido, determinado, pode ser construído ou delimitado, mesmo que em linhas gerais (NIEBUHR, 2004, p. 51).

Em suma, tais constatações remontam ao que a doutrina houve por bem denominar de *conceitos jurídicos indeterminados*.

Sobre a temática, o professor Luiz Henrique Cademartori lança um enfoque interessante:

Quanto aos conceitos indeterminados, a lei refere-se a uma esfera da realidade cujas delimitações não são precisas no seu enunciado, mas assim mesmo ela tenta delimitar uma hipótese concreta, como nas motivações dos atos administrativos, com base em conceitos tais como grave perturbação da ordem ou excepcional interesse de agir e assim por diante. Em tais contextos, **apesar de que a lei não determina com precisão os limites de tais conceitos, posto que eles não possuem uma quantificação ou determinação rigorosa, está sim se referindo a hipóteses da realidade que, a despeito da sua conceituação indeterminada, podem tornar-se mais precisas na sua avaliação no momento da sua incidência no caso concreto.** Vale dizer, **esses conceitos que em princípio se apresentam como plurissignificativos, ao serem deparados com situações específicas, podem tornar-se unívocos no seu sentido, portanto, a forma de encaminhar tais delimitações de sentido desloca-se, de uma dimensão puramente sintática e semântica — insuficiente para estes casos —, em direção a uma abordagem pragmática de determinação significativa.** Por ora, necessário se faz referir que se incluem dentre os conceitos indeterminados, tanto os termos vagos, cujo campo de referência é indefinido, vale dizer, possuem uma denotação imprecisa, quanto os termos ambíguos que manifestam qualidades diversas, ou seja, de conotação ampla. A denotação se caracteriza por pressupor um campo de objetos que é a extensão de um dado conceito denotado. Assim, na prescrição: "matar alguém, pena X anos de prisão" a palavra "alguém" é uma variável que pode ser preenchida por qualquer pessoa, mas é de indagar, quando se tem uma pessoa, nessa mesma linha de raciocínio, um feto é uma pessoa? Um cadáver ainda pode ser considerado uma pessoa? Já, nos casos de conotação, essa categoria pressupõe um conjunto de qualidade ou características inerentes ao seu objeto conotado. Por exemplo, na prescrição, agora abolida do ordenamento penal brasileiro: "seduzir mulher honesta, pena X anos de prisão", a palavra "honesto" pode conotar várias significações ou qualidade, tais como discreta, religiosa e outras (CADEMARTORI, DUARTE, 2011, p. 45).

Como se percebe, não é difícil concluir que a expressão *bens e serviços comuns* encontra-se incluída no grupo dos termos vagos, sendo o seu campo de abrangência indefinido, em razão de sua denotação imprecisa. Conforme explicação

dos sobreditos autores, tal expressão engloba um grupo de objetos que é a própria extensão do conceito denotado.

Fixadas referidas premissas, o posicionamento de Marçal Justen Filho merece destaque, pois traz avanço no estudo da questão:

A teoria do *conceito jurídico indeterminado* destinou-se a rejeitar uma concepção que, no passado, era usual. Supunha-se que a aplicação, no âmbito da atividade administrativa, de conceito jurídico indeterminado envolvia competência de natureza discricionária. Admitia-se (incorretamente) que, se a lei se valesse de conceitos dotados de indeterminação, o agente administrativo seria livre para adotar a decisão que melhor lhe parecesse. Ora, essa tese é indefensável: se o legislador quisesse atribuir discricionariedade administrativa, não se valeria de conceitos jurídicos indeterminados. Atribuiria, desde logo, a liberdade de escolha para o agente administrativo. A grande evolução doutrinária trazida pela tese dos conceitos jurídicos indeterminados foi a demonstração da existência de três âmbitos de sua incidência. Quando se examina a realidade em face de conceitos jurídicos indeterminados, é possível agrupar as situações em três grupos diversos. Há um grupo qualificado pela *certeza positiva absoluta*, há outro identificado pela *certeza negativa absoluta* e há um terceiro que envolve uma *zona cinzenta de incerteza*. Ou seja, há hipóteses que se submetem, sem qualquer margem de dúvida, ao conceito jurídico indeterminado. Há outras que, com igual certeza, a ele não se submetem. E há a zona que medeia a certeza positiva e a negativa — nessa área se põem as dificuldades do aplicador do Direito (JUSTEN FILHO, 2005, p. 23). (grifo nosso)

Em suas argumentações, o mencionado mestre paulista aborda duas óticas relevantes sobre a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. A primeira delas diz respeito à sua conturbada — e inevitável — relação com a teoria da discricionariedade administrativa.⁶⁷ A segunda corresponde ao reconhecimento de três âmbitos de incidência daquela teoria, os quais são representados por uma zona de *certeza positiva*, outra de *certeza negativa* e, entre elas, uma terceira zona de *incerteza*.⁶⁸

De fato, e numa análise *in abstracto*, assim como não restam dúvidas acerca da aplicabilidade do conceito no âmbito da área de certeza positiva, resta incontroversa, também, a impossibilidade de sua aplicação no campo da zona *negativa*.

Nessa linha de raciocínio, vale ressaltar que o grande desafio se encontra — e aí a importância da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e seus desdobramentos — no esclarecimento e conseqüente achatamento dos limites da

⁶⁷ A complexidade e as controvérsias que permeiam o assunto impossibilitam sua abordagem no interior desta obra, razão pela qual seu tratamento ficará restrito a mera menção.

⁶⁸ Comumente denominada de *zona cinzenta*, de *penumbra* ou também *halo conceitual*.

chamada zona *de penumbra*, de modo que, ao comprimi-la em seu grau máximo, a aproximação de suas fronteiras resulte numa linha com contornos mais precisos, remanescendo no interior de seu traçado apenas as situações de dúvida irremediáveis.

Desse modo, longe de propor uma dissepção cirúrgica entre os elementos que compõem essa zona transitória, pretende-se fornecer ao intérprete uma lente de aumento que lhe permita categorizar certas situações que, a olho nu, não guardariam entre si um contraste perceptível.

Firme nessas considerações, o que se pretende salientar é que o intérprete, quando se depara diante de um conceito jurídico indeterminado veiculado em qualquer texto jurídico, inevitavelmente, ao aplicá-lo à esfera da realidade, realiza atividade interpretativa no sentido de lhe atribuir um significado e um alcance. O produto desta atividade, aliás, é a própria norma jurídica. O intérprete produz a norma pelos elementos que extrai do texto, somados aos elementos fornecidos pelo caso concreto.

Sob este prisma, a norma deixa de ser pressuposto para se configurar em resultado do processo hermenêutico, assumindo o intérprete seu papel ativo de criação do próprio direito, ao atuar de forma complementar ao legislador (GRAU, 2010, p. 315).

Diante disso, quanto à hipótese de cabimento do Pregão, incumbirá ao administrador público, frente ao caso concreto, interpretar se determinado bem ou serviço ostenta o invólucro de *comum* ou não. Caso seja *comum*, evidentemente não poderá ser *especial*, uma vez que são interpretações mutuamente excludentes. Em suma, o administrador está obrigado a optar por um dos pólos, isto é, entre o *comum* e o *especial* (não-comum). Não existe meio-termo para efeitos de adoção da modalidade licitatória.

É esse, aliás, o posicionamento consolidado do Tribunal de Contas da União:

Bem, a Lei nº 10.520/2002 condiciona o uso da modalidade pregão somente aos serviços comuns, não excluindo previamente quaisquer espécies de serviços e contratações, sendo o rol de bens e serviços comuns previstos no decreto regulamentar meramente exemplificativo. **Assim, a existência de bens e serviços comuns deverá ser avaliada pelo administrador no caso concreto, mediante a existência de circunstâncias objetivas constantes da fase interna do processo licitatório** (Acórdão 2272/2006, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, publicado em 1.12.2006). (grifo nosso)

Como é evidente, tal escolha, justamente por ser fruto de um processo interpretativo, não poderá pautar-se em critérios arbitrários. Deverá, isto sim, basear-se em elementos densificantes encontrados no interior do próprio sistema jurídico, os quais constituirão as diretrizes hermenêuticas que conduzirão referido processo exegético. Até porque, nas palavras de Marçal Justen Filho, "se o legislador quisesse autorizar a Administração a aplicar o pregão quando bem entendesse, ele não teria utilizado a fórmula 'bem ou serviço comum', [...] teria determinado que o pregão poderia ser adotado sempre que a Administração Pública o reputasse adequado e conveniente" (JUSTEN FILHO, 2005, p. 24). Assim sendo, com base nesses argumentos, estaria excluída toda e qualquer forma de discricionariedade por parte do administrador.

Destarte, conquanto a dificuldade em se definir o que vem a ser bem ou serviço comum, não se nega a existência de zonas de certeza positiva e negativa no que tange à maior parte dos bens e serviços adquiridos pela Administração. De fato, não se questiona que a compra de materiais de expediente ou de escritório, tais como papel, clipes, lápis, caneta, cartuchos de impressão etc, configura aquisição de bens de natureza *comum*. De outra parte, também é inquestionável que a construção de uma ponte, com quatro faixas de rolamento, por exemplo, em nada ostenta o atributo de *comum*.

A Lei n. 10.520/02, no parágrafo primeiro do seu art. 1º, no intuito de fornecer elementos aptos a uma melhor compreensão do conceito, assevera que bens ou serviços comuns são aqueles "cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado".

Sobre a definição, Marçal Justen Filho tece duras críticas:

Ora, todo e qualquer objeto licitado tem que ser descrito objetivamente, por ocasião da elaboração do ato convocatório da licitação. Mesmo quando se licitar um bem ou serviço 'incomum', especial, singular, haverá a necessidade (e a possibilidade) de fixação de critérios objetivos de avaliação. Ou seja, o que identifica um bem ou serviço 'comum' não é a existência de critérios objetivos de avaliação. Quando muito, poderia afirmar-se que um bem ou serviço comum pode ser descrito mais fácil e completamente através de critérios objetivos do que os que não o sejam. (2010, p. 25)

A inútil função relativa à primeira parte da definição legislativa também foi alvo de críticas por parte de Joel de Menezes Niebuhr:

Em primeiro lugar, todos os objetos licitados precisam ser descritos objetivamente nos respectivos editais, conforme a expressão unívoca do inciso I do artigo 40 da Lei n. 8.666/93. Tudo o que for licitado deve ser descrito com objetividade, em todos os detalhes, no edital, até mesmo para que os licitantes saibam o que oferecer à Administração Pública. Dizer isso não socorre em nada os agentes administrativos, dado que não serve de parâmetro para distinguir entre os bens e serviços comuns, que podem ser licitados por meio do pregão, e os demais, que devem ser licitados através das modalidades tradicionais, previstas na Lei n. 8.666/93. Portanto, o primeiro elemento, dado pelo § 1º do artigo 1º da Lei n. 10.520 para definir bem e serviço comum, é absolutamente imprestável (NIEBUHR, 2004, p.51)

A Corte de Contas Federal, em um de seus julgados, também já chamou atenção para esse aspecto:

Em outras palavras podemos dizer que o objeto deve ser definido por meio de critérios objetivos e usuais no mercado. **Ocorre que todo julgamento de propostas, independentemente da modalidade licitatória empregada, deve utilizar-se de critérios objetivos, como determina o art. 44 da Lei nº 8.666/93. A primeira parte da definição então pouco orienta, pois não pode ser considerada intrínseca ao pregão. 47. A segunda parte da definição também é vaga, pois não informa nem quais os critérios para considerar algo usual, nem a qual mercado se refere.** Por exemplo, as especificações do pregão da Senasp não podem ser consideradas usuais em relação ao mercado em geral, pois aeronaves não são bens negociados pela grande maioria das pessoas ou empresas. Por outro lado, podem ser corriqueiras no mercado aeronáutico. **48. No vácuo admitido pela Lei, esta Corte de Contas tem procurado decidir o caso concreto com bom senso e pragmatismo, visando sempre o interesse da Administração. Neste processo, acredito que um bom referencial para a nossa decisão são os pregões já realizados por outros órgãos, que trouxeram bons resultados e demonstraram a viabilidade do procedimento** (Acórdão 20406/2006, Plenário, Rel. Min. Marco Vinícios Vilaça, publicado em 13.12.2006). (grifo nosso)

Em síntese, o fato de bens e serviços comuns necessitarem ser descritos objetivamente no edital nada esclarece e tampouco ajuda. Verificada a inutilidade desta primeira parte do conceito, passa-se à análise da remanescente.

Conforme se extrai da redação do mencionado parágrafo, são considerados bens e serviços comuns aqueles definidos por meio de *especificações usuais de mercado*. Trata-se, portanto, de diretriz hermenêutica extrajurídica, que envolve fundamentos da área econômica, o que de certa forma dificulta sua compreensão, dada a abrangência dos termos empregados, os quais também não deixam de ser vagos e imprecisos.

Na doutrina, encontram-se interpretações de todos os naipes, umas mais abrangentes; outras mais restritas. Passa-se, pois, à sua análise.

Valendo-se de uma concepção restritiva, Marçal Justen Filho afirma que a identificação de um bem ou serviço comum se dá pela presença de duas características: (a) *disponibilidade no mercado próprio* e (b) *padronização*.

Ao dissertar sobre o primeiro atributo, o preclaro mestre paulista aduz que o pregão poderá ser adotado sempre que a Administração puder encontrar no mercado, sem qualquer dificuldade, o objeto de que necessita, no que conclui sobre a impossibilidade de aplicação do pregão para objetos que apresentem características peculiares ou que demandem inovações destinadas a atender necessidades próprias e exclusivas da Administração.⁶⁹

Mais adiante, o aludido administrativista ressalta que a disponibilidade no mercado somente se configura quando existir atividade empresarial habitual, que disponibiliza objetos com características homogêneas, competitivamente, em dado mercado. Nessa perspectiva, afirma que o fato de o bem ou serviço estar *disponível* não equivale exigir que o bem ou serviço seja *fornecido* pelo mercado. Tal entendimento levaria à conclusão de que todo e qualquer bem pode ser licitado por Pregão, porquanto a licitação sempre envolve o fornecimento de um bem ou serviço pela iniciativa privada, a qual se pode identificar com o mercado. Dessarte, para o autor, a *disponibilidade* do bem ou serviço envolve sua aquisição e fornecimento *a qualquer tempo*, em razão de haver atividade empresarial *estável* (JUSTEN FILHO, 2005, p. 26).

Além disso, ainda no âmbito da primeira característica elencada, torna-se indispensável a existência de um *mercado próprio*, no qual os bens e serviços de que necessita a Administração sejam usualmente negociados, e que seja viabilizado pela atuação de empresas estáveis, que realizem atividade comercial de modo permanente e habitual.

⁶⁹ Para justificar sua assertiva, o autor primeiramente fornece o exemplo de um *software de prateleira* - para processamento de textos em geral - a ser adquirido pela Administração. Para ele, em razão da ausência de qualquer especificação peculiar e da existência de uma extensa gama de produtos no mercado com as mesmas especificações, sem qualquer inovação ou modificação entre eles, não haveria dúvida de que a situação apresentada retrataria a aquisição de um bem comum. Por outro lado, na hipótese de a Administração necessitar do desenvolvimento de um *software* para fins específicos, tal como um programa para auxiliar no gerenciamento de um banco de dados para aposentados, torna-se incontroversa a necessidade de contratação de serviços especializados, cuja prestação deverá ser feita *sob medida* para a Administração, não se enquadrando, portanto, no conceito de bem e serviço *comum*. (p. 26)

Como segundo atributo, tem-se a *padronização*. Na visão do autor, *padronização* "consiste na ausência de variação das características do objeto a ser selecionado" (JUSTEN FILHO, 2005, p. 30). É dizer, corresponde à ausência de especificidades. Desse modo, um bem ou serviço será *comum* quando "suas qualidades e seus atributos são predeterminados, com características invariáveis ou sujeitas a diferenças mínimas e irrelevantes" (JUSTEN FILHO, 2005, p. 30).

Para o comentarista, a padronização está intimamente ligada com a fungibilidade do objeto, pois significa dizer que este "não se apresenta como insubstituível em face do sujeito, cujo interesse pode ser satisfeito através de outros bens de características equivalentes" (JUSTEN FILHO, 2005, p. 30). Nessa linha, aduz que a fungibilidade representa uma das facetas do conceito abordado, sendo mais um de seus elementos de complexidade.

Avançando no estudo da questão, interessante argumentação é trazida pelo professor Jessé Torres Pereira Júnior acerca da falaciosa correspondência entre os qualitativos "comum" e "simples":

Em aproximação inicial do tema, pareceu que 'comum' também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser 'comum', no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 1006).

Na mesma linha, o percuciente Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao refletir sobre o conteúdo e alcance da expressão bens e serviços comuns, discorre que:

De fato, o conceito é: **a) genérico**, abrangendo qualquer tipo de objeto que seja manufaturado, industrializado, com funcionamento mecânico, elétrico, eletrônico, nacional, importado, de elevado preço **ou sob encomenda**. Também abrange qualquer tipo de serviço profissional, técnico ou especializado; **b) dinâmico**, pois depende de o mercado ser capaz de identificar especificações usuais; **c) relativo**, pois depende do conhecimento do mercado e grau de capacidade técnica dos seus agentes para identificar o objeto. O que define se um bem e serviço podem ser considerado ou não comum é a possibilidade de definir o padrão de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. Afastam-se com isso: **a)** pretensão de que se trate de bem padronizado, pois o que se está a exigir é que o padrão se refira a desempenho ou características que definam qualidade; **b)** a pretensão de que se trate de bem com características definidas em normas técnicas, como ABNT; **c)** a pretensão de que esteja constante de elenco definido em decreto ou regulamento; **d)** a pretensão de restringir o pregão a bens prontos, vedando seu uso para bens de encomenda; e **e)** serviços singulares na forma da Lei

nº. 8.666/1993 que justificam a contratação por inexigibilidade, porque só um atende às características pretendidas do executor ou porque, existindo mais de um, apenas em relação a um se pode inferir ser essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto. (FERNANDES, 2007)

A Jurisprudência do Tribunal de Contas da União,⁷⁰ atenta aos ensinamentos doutrinários, também reflete tal concepção:

Bem e serviço "comum" não é oposto de bem e serviço "complexo", podendo-se, assim, dizer que são conciliáveis, não se contrapondo. [...] Bens e serviços comuns, segundo o art. 1º, § 1º, da Lei 10.520/02, são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. Isto é, são aqueles que podem ser especificados a partir de características (de desempenho e qualidade) que estejam comumente disponibilizadas no mercado pelos fornecedores, não importando se tais características são complexas, ou não." (Acórdão 237/2009, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, publicado em 06/03/2009). (grifo nosso)

A terminologia bens e serviços comuns representa um conceito jurídico indeterminado, no mesmo rol das definições de ser humano, interesse da justiça, perigo iminente. Assim, embora exista uma zona de certeza positiva (o que é) e uma zona de certeza negativa (o que não é), haverá sempre uma região de precisão relativa. A lição do eminente Min. Benjamin Zymler no Ac. 313/2004 - Plenário pode auxiliar-nos no esclarecimento do conceito: Dessarte, o bem em questão não precisa ser padronizado nem ter suas características definidas em normas técnicas. Da mesma forma, não se deve restringir a utilização do pregão à aquisição de bens prontos, pois essa forma de licitação também pode visar à obtenção de bens produzidos por encomenda." Essa posição, a bem da verdade, põe por terra um mito disseminado por alguns doutrinadores, segundo o qual o pregão jamais deve ser empregado para contratar serviços sob medida ao setor público, v.g., um software para o gerenciamento de banco de dados para aposentados. [...] Portanto consideramos bem-vindo o pregão para escolha de serviços distintos do rol exemplificativo do Decreto 3555/2000, pois somente após a paulatina adoção da referida modalidade para novos casos, a administração pública poderá alcançar melhores desempenhos em suas contratações. Na nossa ótica, a despeito do maior grau de risco do gestor na adoção da modalidade em exame, o Tribunal deve fundamentalmente homenagear — atendido os princípios constitucionais de moralidade, eficiência, impessoalidade, legalidade e publicidade — a capacidade do gestor para tomar decisões, sob pena de se reprimir iniciativas que talvez estejam no campo na inovação. [...] Tais fatos seriam suficientes para caracterizar um

⁷⁰ O Tribunal de Contas da União — a par da orientação já fornecida pelo revogado Anexo II do Decreto n. 3555/00 —, ao longo da última década, vem demonstrando uma gradativa evolução no seu entendimento sobre a abrangência do conceito de bens e serviços comuns, de modo a dispensar um tratamento prioritário ao Pregão em detrimento das demais modalidades tradicionais previstas na Lei n. 8.666/93. De fato, conforme se verifica da jurisprudência consolidada da Corte de Contas, a contratação por meio de Pregão tornou-se regra, enquanto as contratações pelas demais modalidades passaram a compreender situações excepcionais, nas quais o administrador tem o dever de justificar, às claras, a inviabilidade de utilização da aludida modalidade.

ambiente de mercado em que é desejável a realização de pregão para a contratação de serviços (Acórdão 1039/2010, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro, publicado em 20.5.2010). (grifo nosso)

No mesmo rumo, propugnando uma concepção mais elástica ao conceito, Vera Monteiro refuta quaisquer atributos de padronização ou simplicidade que se pretenda inculcar à definição, como meio de esclarecer seu conteúdo. É o que se colhe de sua perspicaz argumentação:

Assim é que o objeto comum para fins de cabimento da licitação por pregão não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de comuns da Lei 10.520/02, mas não só. Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de pregão. O que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital. A descrição detalhada e extensa do objeto no edital é medida garantidora de clareza, não se configurando como fator impeditivo de contratação por meio do pregão. Importa, para fins de cabimento da modalidade, que as propostas possam ser objetivamente comparadas, tendo em vista o critério de menor preço; bem como que a sumariada do procedimento (sua estrutura procedimental) não seja fator limitador da segurança e certeza na contratação. Como se disse, a análise do cabimento do pregão não leva em conta se o universo de fornecedores é pequeno ou grande; mas sim a capacidade do pregoeiro de aferir as condições técnicas mínimas exigidas no edital na sessão pública do pregão (MONTEIRO, 2010, p. 93).

Das palavras da autora, extrai-se que a complexidade inerente a certo bem ou serviço não impede a sua caracterização como *comum*, para fins de adoção do Pregão. Menos ainda, a circunstância de ser o objeto do certame sob encomenda. Com efeito, se o mercado for apto a reconhecer dita complexidade, a ser refletida nos padrões de desempenho e qualidade exigidos, não haverá problema algum em adotar aludida modalidade, bastando que tais exigências sejam objetiva e claramente estipuladas no instrumento convocatório, de modo a possibilitar o julgamento das propostas apresentadas pelo critério de menor preço.

Verifica-se, portanto, que o conceito de bem e serviço *comum* têm sua abrangência moldada em função da dinamicidade e da constante evolução do mercado ao qual a Administração recorre.

Como se percebe das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais acima, vislumbra-se crescente tendência no sentido de se adotar uma interpretação ampliativa em relação à definição de bens e serviços *comuns*,⁷¹ em prol da maior

⁷¹ Para uma melhor compreensão da problemática, segue um rol de bens e serviços considerados *comuns* e *não-comuns* pelo TCU, com base em pesquisa jurisprudencial realizada pelo autor: a) *Bens*

abrangência do conceito e, conseqüentemente, da maior utilização do Pregão, com todos os benefícios que lhe são correlatos.

Contudo, tal concepção não autoriza proceder a uma busca obsessiva e constante pela exaustão do conceito, de modo a torná-lo tão preciso e universal quanto uma expressão algébrica. É preciso ter-se em mente que o mundo da realidade é consideravelmente mais complexo — e relativo — que o mundo dos números. Bem por isso, em razão das infinitas possibilidades que as situações concretas propiciam, não há porque transformar um aliado num inimigo, atribuindo tons inexoráveis a ditos conceitos, haja vista que sua indeterminação traz mais préstimos do que empecilhos. Isso porque de há muito restou evidenciado que rígidas e exaustivas previsões legais são incapazes de prever — e, portanto, de operar — a diversidade de situações que irrompem no cotidiano.

Essa é, talvez, a brilhante conclusão à qual chegou Joel de Menezes Niebuhr ao afirmar categoricamente que:

[...] o conceito ora proposto também é suscetível à subjetividade do interlocutor. Para uns, determinado bem pode perfeitamente ser licitado através do pregão, sem prejuízo da avaliação da qualidade. Para outros, o pregão já compromete a avaliação da qualidade daquele mesmo bem. Sem embargo, a subjetividade é algo imanente ao conceito de bem e serviço comum, que é, repita-se, indeterminado. À doutrina cabe criar contornos que ofereçam subsídios para melhor delimitar tal conceito. No entanto, não compete a ela delimitá-lo de tal forma a retirar-lhe a indeterminação. Se a intenção fosse dispor de conceito preciso, o legislador deveria ter prescrito normas precisas. Em caso contrário, resta aos intérpretes conviver com tal indeterminação. Quanto mais, como se objetiva aqui, oferecer subsídios para aproximar o conceito, fixar parâmetro para ele. Insista-se, jamais determiná-lo, até porque tal empreendimento é fadado, já de partida ao fracasso. (NIEBUHR, 2004, p. 45)

e serviços considerados comuns pelo TCU: I) Serviços de coleta seletiva containerizada, reciclagem, compostagem, transbordo, transporte e destinação final de resíduos; II) Atividades de monitoramento ambiental (controle de qualidade de água); III) Aquisição de aeronave (helicóptero); IV) *Serviços advocatícios no âmbito do direito civil (juizados especiais e órgão recursal correspondente) e de direito administrativo;* V) Serviços de fornecimento de vales-refeição e vales-alimentação; VI) Serviços de assessoria de comunicação; VII) Serviços diversos de marcenaria; VIII) Contratação de Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental — EIA/Rima; IX) Serviços especializados destinados à implantação e operação da Central de Teleatendimento do Departamento de Ouvidoria Geral do SUS da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde; X) Serviços de impermeabilização; b) *Bens e serviços considerados não-comuns pelo TCU:* I) Serviços de palestrante; II) Instalação de sala-cofre para proteção de dados; III) Sistema automatizado de manipulação e manufatura; IV) Serviços de cursos práticos para ensino de técnicas de confecção de itens esportivos e orientação sobre utilização de máquinas e equipamentos; V) *Serviços de elaboração de estudo de caracterização e análise socioambiental de linhas de transmissão;* VI) Serviços de engenharia consultiva.

Por todo o exposto, no que se refere à expressão bens e serviços *comuns*, que caracteriza a hipótese de cabimento do pregão, pode-se concluir o seguinte: (a) trata-se de um conceito jurídico indeterminado que, inevitavelmente, precisa ser interpretado, com base nos elementos retirados do caso concreto; (b) a sua técnica deve ser compreendida e conhecida no mercado, de modo a permitir sua descrição objetiva no edital; (c) não é uma noção estanque, pois seu conteúdo é variável em função da dinâmica do mercado em reconhecer e oferecer novas *soluções*, isto é, objetos antes taxados de *não-comuns*, pelas especificidades e alta complexidade envolvidas, podem muito bem, num momento posterior, com a evolução de certas tecnologias, ser considerados *comuns*; (d) não é apenas sinônimo de simples, padronizado ou de aquisição rotineira, podendo envolver complexidade técnica, tanto em relação à sua definição quanto no que se refere à sua execução; (e) o fato de ser sob encomenda não descaracteriza sua natureza comum; (f) não é possível alcançar uma definição precisa, universal e definitiva de seu conteúdo; (g) a sua fluidez ou indeterminação é decorrência da zona de penumbra que compõe uma das três facetas do seu conceito.

3.2 Ilegalidade da proibição regulamentar incidente sobre obras e serviços de engenharia

Conforme acentuado alhures, o critério utilizado pela Lei do Pregão para definição de seu âmbito de incidência envolve a aferição da natureza *comum* ou não do objeto a ser licitado.

Dessa forma, vindo o objeto a ser considerado *comum* pela Administração, inexistem dúvidas acerca da sua submissão ao regime do pregão; em sentido oposto, caso o nível de especificidade e complexidade do objeto mostrem-se incompatíveis com a sumariedade inerente ao procedimento do Pregão, justificando, pois, seu enquadramento como *não-comum* ou *especial*, deverá ser utilizada uma das modalidades previstas na Lei n. 8.666/93, em prol da segurança e certeza que devem resguardar a contratação.

Em vista dessas considerações, é cogente frisar, repita-se, que o único critério apto a determinar se certa contratação será licitada por pregão, e não por

uma das demais modalidades tradicionais, é aquele que envolve a aferição da natureza *comum* do objeto em questão. O que destoar dessa orientação inevitavelmente estará adentrando no terreno da ilegalidade.

Pois bem. Não obstante essa advertência, ou melhor, essa diretriz hermenêutica adotada pela Lei, os regulamentos relativos a ambas as formas de Pregão ultrapassaram os limites de sua função regulatória e veicularam proibições não previstas em lei, no que tange ao âmbito de incidência da modalidade licitatória.

Com efeito, verifica-se que os regulamentos disciplinadores da modalidade presencial e eletrônica impuseram limitações quanto à adoção do Pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, sem qualquer amparo legal, em manifesta violação ao princípio da legalidade.

O Decreto n. 3.555/00, que regulamenta o Pregão Presencial, previu, em seu art. 5º, a proibição da contratação de obras e serviços de engenharia, a pretexto de veicular normas necessárias à sua concreção. Por sua vez, o Decreto n. 5.450/05, que regulamenta o pregão eletrônico, imbuído do mesmo objetivo, diminuiu o alcance da aludida proibição, ao vedar, em seu art. 6º, apenas a contratação de obras por pregão. Isso significou, por outro lado, a possibilidade de aplicação da modalidade licitatória às contratações de serviços de engenharia.

Como resta evidente, verifica-se que os decretos regulamentares, a pretexto de interpretarem o texto da lei visando à sua fiel execução, inovaram na ordem jurídica, ao impor proibição não necessariamente pressuposta em lei.

Ora, disposições dessa natureza, veiculadas por meio de regulamento, são a toda evidência ilegais. Isso porque somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações aos administrados, como pressuposto do princípio da legalidade. Nesse sentido, urge ressaltar que o Regulamento não reúne forças para criar proibição não necessariamente pressuposta em lei, haja vista a incidência restrita da competência regulamentar, sempre abaixo da lei, com o propósito específico de reger-lhe a execução e a concretização, nos termos do art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988.

Em razão disso, não é difícil chegar-se à conclusão de que as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, porquanto não possuem embasamento na Lei n. 10.520/02. Desta feita, o único condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum.

Não bastassem os argumentos de direito, ainda assim, aponta-se uma questão de ordem lógica que inviabiliza essa descabida restrição. Assim sendo, resta incontroverso também que, do ponto de vista lógico, é totalmente equivocada a polarização que coloca bens e serviços comuns de um lado e obras e serviços de engenharia de outro, como se os últimos fossem sinônimos de bens e serviços altamente complexos, em oposição aos primeiros. É de se reconhecer que "alguns itens de engenharia serão comuns, enquanto outros complexos, a depender da análise do caso concreto" (MONTEIRO, 2010, p. 100).

Ora, como já repetido à exaustão, o qualitativo do objeto, para fins de adoção da modalidade pregão, sempre foi o bem ou serviço mostrar-se *comum*. Nunca importou se o bem⁷² ou serviço é ou não de engenharia. A condição para que ele possa ser licitado por pregão decorre da sua natureza *comum*, e não do seu caráter técnico, isto é, de engenharia.

Aliás, foi essa a interpretação sinalizada pelo Tribunal de Contas da União. Desse modo, a partir da abertura propiciada pelo regulamento do pregão eletrônico, proibindo a utilização do pregão apenas em relação às obras, bem como em razão dos diversos precedentes que proferiu sobre a questão, a referida Corte de Contas terminou por editar a súmula n. 257, cujo enunciado dispõe que "o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002".

Para melhor ilustrar o posicionamento daquele tribunal sobre a discussão, reproduz-se, a seguir, excerto de um dos seus julgados:

[...] A Lei nº 10.520/02 não exclui previamente o uso do pregão para contratação de serviços de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum; as normas regulamentares que proíbem a contratação de serviços de engenharia pelo pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02. [...] 45. Há tanta jurisprudência do TCU que ampara e até recomenda a contratação de serviços comuns de engenharia mediante pregão que bastaria encerrar a questão dizendo que a Administração do Tribunal, ao usar a modalidade para adjudicação dos trabalhos preliminares à construção do edifício Anexo III, andou na mais pura sintonia com o pensamento desta Corte de Contas, manifestado nos julgamentos dos atos dos seus jurisdicionados. [...] 47. O fato é que a lei que disciplina a modalidade pregão não proíbe aplicá-la a serviços comuns de engenharia. E não é porque não seja expressa em aceitar o pregão nesse propósito que se deva entendê-la como proibitiva, pois, mesmo com o conceito dado pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002,

⁷² Adotando-se, nesta passagem, o vocábulo "bem" como sinônimo de "obra", já que esta, após finalizada, não deixa de se constituir num bem *imóvel*.

'serviço comum' ainda é uma expressão relativamente aberta, bastando que o serviço de engenharia, para nela se enquadrar, tenha 'padrões de desempenho e qualidade' que 'possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado'. Ficou para o juízo administrativo categorizar o comum e o incomum, dentro desses parâmetros. 48. Conquanto o Decreto nº 3.555/2000 tenha estatuído que o pregão não se aplica aos serviços de engenharia, cabe ressaltar que sua base normativa era a Medida Provisória nº 2.026-3/2000, que conferia ao regulamento a incumbência de dispor sobre o elenco de serviços comuns. Porém, tal poder caiu quando a medida provisória final foi convertida na Lei nº 10.520/2002. [...] não compete ao regulamento instituir vedação não sinalizada pela lei, sobretudo por ir de encontro às nítidas vantagens proporcionadas pela modalidade pregão. Note-se, a propósito, que o Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica e é mais recente, visivelmente resolveu excluir a vedação da modalidade para os serviços de engenharia. 51. [...] percebe-se que o pregão apenas é vedado nas hipóteses em que o atendimento do contrato possa ficar sob risco previsível, pela dificuldade de transmitir aos licitantes, em um procedimento enxuto, a complexidade do trabalho e o nível exigido de capacitação. Logo, a eventual inaplicabilidade do pregão precisa ser conferida conforme a situação, pelo menos enquanto a lei não dispuser de critérios objetivos mais diretos para o uso da modalidade. E ousar imaginar que, pelos benefícios do pregão, no que concerne à efetivação da isonomia e à conquista do menor preço, o administrador público talvez deva ficar mais apreensivo e vacilante na justificativa de que um serviço não é comum do que o contrário. [...] 56. Para concluir, renovo que o Pregão Eletrônico [...] do TCU tornou a licitação acessível a uma quantidade maior de interessados e, graças ao uso dessa modalidade, foi possível obter uma economia espetacular para o erário, comprovada pelos referenciais de custos mais habituais, à qual, com certeza, não se chegaria no modelo tradicional de concorrência (Acórdão 2079/07, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, publicado em 5.10.2007).

Da análise desse pequeno excerto, verifica-se que a Corte de Contas não só demonstra, enquanto órgão julgador, entendimento uníssono em relação ao perfilhado nesta obra, como também faz transparecer na sua própria rotina de contratações, como unidade administrativa, a mesma concepção que apregoa no julgamento das controvérsias postas à sua apreciação. Com efeito, e para colocar uma pá de cal na discussão, o próprio Tribunal de Contas da União houve por bem licitar pela modalidade pregão a contratação de "serviços de escavação e remanejamento" para construção do Edifício Anexo III daquele tribunal, os quais, a toda evidência, se constituem em serviços *comuns* de engenharia.

Superada a discussão relativa à contratação de serviços de engenharia por pregão, questão problemática põe-se quanto à contratação de obras pela mesma modalidade. E aí vem o maior desafio deste trabalho, pois, no mundo dos fatos, não se tem admitido tal prática.

Como já bem observou — e anunciou — o professor Jair Eduardo Santana:

É evidente que o marco legal de hoje (fevereiro de 2009) não atribuiu às obras o regime da Lei 10.520/02. Ou seja, obras encontram-se fora do pregão. No entanto, isso deverá mudar. Aliás, já está mudando. Há quem faça obra por pregão, mesmo a despeito da ausência de previsão legal. E, ao lado disso, há quem realize obra mascarada de serviços de engenharia, valendo-se da modalidade pregão. E a segunda hipótese dá no mesmo em relação à primeira se considerarmos a intervenção do ser humano na natureza produzindo algo efetivamente construído. Enfim, ousamos dizer que o caminho das obras por pregão já foi aberto. O rito do pregão em momento algum suprimiu fases do procedimento licitatório. Concentrando-os, tão somente os inverteu se comparados ao regime tradicional, como todos sabem. Naquilo que é essencial à contratação pública, continua-se em realidade com o mesmo modelo. A Administração Pública visa a melhor proposta, desencadeia procedimento para selecionar concorrentes, segundo critérios previamente estabelecidos, e verifica – sempre – as qualificações do futuro contratado, adjudicando-lhe o objeto. A complexidade existente para se analisar uma planilha de custos e formação de preços em serviços comuns não destoa muito daquela que planilha que é correlata a uma obra. O mesmo pode ser dito no tocante às exigências de habilitação. Não sejamos rasteiros, no entanto, a ponto de imaginar que a apuração da atestação técnica em obras públicas seja algo que se possa comparar à verificação da habilitação de um fornecedor de copos plásticos descartáveis (SANTANA, 2009, p. 60).

A questão é controversa, porquanto, para alguns, as obras não estariam abrangidas pelo conceito de bens e serviços *comuns*. Ou seja, não se enquadraria nem no conceito de bem, nem na definição de serviço, e muito menos na noção de comum, pois, para estes, obras sempre serão realizações dotadas de alto nível de complexidade e especificidade, o que seria incompatível com a estrutura célere do pregão, gerando riscos à segurança e certeza da contratação. Um obra, destarte, assumiria a noção de algo *sui generis*, imbuído de alta complexidade técnica.

Todavia, não obstante tais argumentos, é de se questionar até que ponto uma obra não seria uma espécie de serviço de engenharia?

De fato, a missão de conceituar obras e serviços de engenharia, antes de constituir-se numa tarefa fácil, envolve o mesmo tipo de discussão travada alhures, acerca da definição do que vem a ser bem ou serviço *comum*. Significa dizer que, novamente, a busca por um sentido acerca dos elementos que compõem tal expressão situa-se no inquietante terreno dos conceitos jurídicos indeterminados.

Como decorrência, as mesmas abordagens que serviram à explicação dos âmbitos de certeza (zonas positiva e negativa) e de incerteza (halo conceitual) atinentes ao conceito previamente estudado valem para compreensão e determinação dos limites da definição ora proposta.

Aliás, o enfrentamento da presente questão reveste-se de um nível de dificuldade ainda maior, uma vez que inexiste definição legal para obras e serviços

de engenharia. A legislação correlata à matéria limitou-se a fornecer um rol exaustivo de exemplos, que em nada contribuem para o esclarecimento do *imbroglio*.

Ao tratar da temática, a Lei n. 8.666/93 assim estipulou:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

Na esteira do que averba o mestre Marçal Justen Filho, verifica-se que essa definição legal é insuficiente e defeituosa.

Com efeito, a Lei, ao pretender conceituar *obras*, valeu-se de uma lógica casuística para delimitação do termo, limitando-se a fornecer um pretenso elenco de exemplos exaustivos, ao invés de explicar o seu conteúdo. No que se refere à conceituação de *serviços de engenharia*, a situação é ainda mais grave, pois a Lei, além de não haver adotado expressamente tal fórmula textual, veiculou um rol de exemplos alusivos à noção de *serviços de engenharia* (tais como demolição, conserto, instalação, manutenção etc) juntamente com outro elenco de situações relativas à noção de serviços gerais (tais como transporte, locação de bens, publicidade e seguro), misturando-os, dentro de uma definição abrangente de serviço.

Assim, várias atividades ligadas à concepção de *serviço* restaram reunidas numa ampla definição, o que se traduz num grave equívoco, pois o regime jurídico dos serviços de engenharia não é o mesmo que o de outros serviços (JUSTEN FILHO, 2013, p. 128).

Ademais, ao afirmar que serviço é toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, a Lei nada acrescenta, uma vez que dita asserção pode ser aplicada a qualquer contratação administrativa.

Nas palavras Marçal Justen Filho, "é evidente que todo e qualquer contrato, tenha ou não por objeto um serviço, destina-se a obter utilidades de interesse para a Administração" (JUSTEN FILHO, 2013, p. 139).

Diante dessas considerações, constata-se que a definição legal padece de graves defeitos de técnica legislativa, os quais inviabilizam qualquer tentativa de estabelecer uma distinção conceitual precisa entre os termos analisados. Trata-se, aliás, de técnica legislativa diametralmente oposta àquela empregada na Lei n. 10.520/02, que apresenta uma definição para bens e serviços comuns pautada em critérios mais racionais e técnicos, embora de caráter indeterminado.

Para o mencionado jurista, *serviço*, numa acepção ampla, é visto como a "prestação por pessoa física ou jurídica de esforço humano (físico-intelectual), produtor de utilidade (material ou imaterial), sem vínculo empregatício, com emprego ou não de materiais, com ajuda ou não de maquinário" (JUSTEN FILHO, 2013, p. 129).

No que tange à definição de *obra*, o autor a define como "objeto de um contrato de prestação de serviços de engenharia com características próprias" (JUSTEN FILHO, 2013, p. 129).

Ao compará-los, o doutrinador evidencia uma importante relação:

Obras e serviços de engenharia são espécies de um gênero mais amplo, que se relaciona ao conceito de contrato de prestação de serviço. Bem por isso, as duas figuras apresentam pontos em comum inegáveis. Esse é o grande motivo da dificuldade da diferenciação entre obra e serviço de engenharia. Também em razão disso, torna-se descabido pretender estabelecer uma diferenciação absoluta e total entre obra e serviço de engenharia. **Como são duas espécies de um mesmo gênero, há características comuns insuprimíveis entre ambas as figuras. Existem núcleos conceituais para obra e para serviço de engenharia, que permitem a qualificação inquestionável de certas hipóteses. Mas há pontos de contacto entre os dois conceitos, o que gera dificuldade quanto a casos determinados** (JUSTEN FILHO, 2013, p. 130).

O resultado dessas reflexões nada mais traz do que aquilo que já havia sido mencionado sobre a noção que permeia a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, isto é, a existência de um âmbito de certeza (positiva ou negativa) em relação ao que é *obra* e o que é *serviço de engenharia*, e, por outro lado, a existência de uma zona de intersecção entre esses dois conceitos, representada por uma zona *cinzenta*, onde coexistem elementos de ambos as categorias conceituais, os quais têm um caráter híbrido, não sendo possível identificar *a priori* à qual categoria ditos elementos pertencem.

O professor paranaense, amparado na doutrina francesa, aduz que o conceito material de obra de engenharia vincula-se à atividade de edificar um imóvel ou

realizar modificações relevantes em um imóvel já existente. Assim, a obra de engenharia seria "uma modificação permanente e relevante no mundo físico circundante" (JUSTEN FILHO, 2013, p. 131).

Nessa toada, como critério hermenêutico apto a orientar o intérprete na distinção entre obra e serviço de engenharia,⁷³ o comentarista aponta o fato de que naquela sempre haverá uma modificação *significativa, autônoma e permanente*. Por dedução lógica, quando não houver uma modificação significativa, autônoma e permanente, será o caso de serviço de engenharia. É o que se conclui da seguinte situação apresentada pelo doutrinador:

De todo o modo, a qualificação da situação concreta deverá tomar em vista a dimensão e a relevância da atuação. Assim, suponha-se que a manutenção de um edifício envolva a necessidade de desfazimento de uma parede e sua substituição por outra. É evidente que existirá um serviço, não uma obra. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 133).

Como se depreende dos ensinamentos do autor, em razão da dificuldade de se construir um conceito abstrato de ambas as noções, o casuismo é que prevalece, porquanto inexistente um critério genérico que seja adequado para solucionar todas as dúvidas.

De qualquer modo, de acordo com a concepção defendida neste trabalho, não é a falta de uma definição precisa em relação ao conceito de obra que impossibilita sua contratação por meio de pregão. Isso porque o critério adotado pela Lei do Pregão foi outro. Com efeito, sequer houve menção legal no que se refere às obras, não podendo a falta de disposição expressa, em lei, pressupor qualquer sorte de proibição, em obséquio ao princípio da legalidade. Assim, caso a obra possa ser considerada *comum*, não haverá nenhum empecilho que restrinja sua contratação por meio de pregão.

É essa, aliás, a constatação de Vera Monteiro:

Não há razão para impedir o uso do pregão para contratos que envolvam obras e serviços de engenharia comuns. Três são as razões para tanto. A primeira, como visto, porque a Lei 8.666/1993 não fez uma definição pronta e acabada de obra, serviço e compra (art. 6º, I, II e III). Depois, porque a própria lei civil indica que obra é um conjunto de serviços (CC, art. 610). Finalmente, porque a Lei 10.520 não adotou nem um nem outro critério.

⁷³ Como exemplos de serviços de engenharia *comuns*, podem-se apontar a colocação/manutenção de postes de iluminação pública, radares, sinaleiras, ar-condicionados. Vera Monteiro faz referência a serviços de engenharia já licitados por pregão pela prefeitura de São Paulo, tais como limpeza de bocas-de-lobo, poda de árvores, recapeamento asfáltico.

Adotou uma lógica própria, qual seja, a de que são passíveis de contratação por meio de pregão todos os objetos comuns, assim entendidos aqueles que possam ser objetivamente comparados entre si, tendo em vista o critério de menor preço. Além disso, a estrutura procedimental do pregão não deve ser fator limitador da segurança e certeza na contratação — aspectos, este, cuja análise cabe ao administrador público [...] A conclusão que nos parece evidente é que não existe um critério claro, tampouco útil, para distinguir obra de serviço de engenharia. O critério da Lei 8.666 é imprestável quando o objetivo da distinção é o estabelecimento da modalidade de licitação. (MONTEIRO. 2010, p. 96).

Em vista do exposto, à guisa de expressa proibição legal, e tendo em vista o critério adotado para incidência do Pregão, bem como os inúmeros benefícios que lhe são correlatos, no que se refere à isonomia, celeridade, competitividade e eficiência, não se vislumbra qualquer empecilho apto a impedir a contratação de obras *comuns*⁷⁴ pela sexta modalidade licitatória.

No próximo subtópico será proposto um critério para distinção de bens e serviços *comuns* daqueles *não-comuns*.

3.3 Critério legal para delimitação da hipótese de cabimento do Pregão

A grande problemática da adoção do Pregão reside na difícil delimitação de sua hipótese de cabimento, ou seja, em saber até que ponto determinado objeto é ou não *comum*, para fins de ser licitado por essa modalidade. Muitas vezes, o administrador depara-se com situações em que a contratação do objeto gera inúmeras dúvidas e insegurança, principalmente quanto à escolha da modalidade licitatória cabível, eis que uma decisão errada pode custar caro mais à frente, caso o certame venha a ser anulado por algum órgão de controle, impondo-se multa ao responsável pela má realização deste. Erros desta jaez, aliás, na maior parte dos casos, ocorrem por falta de critérios legais mais bem delineados e claros, que promovam maior segurança ao administrador na escolha da modalidade de licitação mais adequada à situação concreta.

⁷⁴ Como sugestão, este autor aponta a construção de ciclovias, passarelas, trapiches, trevos, rótulas, fossas, praças, jardins, postos policiais de monitoramento e fiscalização etc. Marçal Justen Filho cita a construção de habitações populares.

Diante disso, o presente subtópico tem por função apresentar um critério legal que possa promover uma distinção mais precisa e segura entre os objetos que podem ou não ser contratados por Pregão.

Mais precisamente, regressando à inquietante questão das obras e serviços de engenharia, pretende-se questionar até que ponto estes deixarão de ser *comuns*, haja vista que, sendo *comuns*, estarão inseridos no âmbito de abrangência da Lei n. 10.520/02.

Conforme se extrai dos ensinamentos doutrinários de Vera Monteiro, os limites da fronteira do *comum* serão ultrapassados quando a análise dos requisitos mínimos de técnica ou de qualidade do objeto licitado demandar uma verificação mais cuidadosa por parte do administrador. Em outras palavras, quando o edital requerer apresentação, pelo licitante, de metodologia de execução (art. 30, § 8º, da Lei 8.666/1993), cuja função é, exatamente, permitir uma melhor e mais acurada análise da compatibilidade da proposta com o edital (MONTEIRO, 2010, p. 101).

Adverte a autora que não se está falando de licitação do tipo melhor técnica, tampouco de técnica e preço, mas de licitação do tipo menor preço com peculiaridades técnicas que demandam especial atenção quanto à qualidade mínima essencial que os bens e serviços a serem obtidos devem ter para atender à necessidade administrativa. Fazendo referência a Carlos Ari Sundfeld, alega que ele descreveu este ponto ao analisar o tema e, assim como Marçal Justen Filho, afirma que o art. 30, § 8º, da Lei n. 8.666/93,⁷⁵ está indevidamente encartado em dispositivo relativo à habilitação. Para a professora paulista, é evidente que o preceito autoriza, em licitação de menor preço, um exame de técnica e qualidade quando se tratar de bens e serviços altamente especializados, em contraposição aos chamados bens comuns (MONTEIRO, 2010, p. 101).

O interessante raciocínio da autora pode ser melhor compreendido através da transcrição de suas palavras, abaixo:

⁷⁵ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

Assim, toda licitação de menor preço deixará de ser *comum*, e compatível com o pregão, quando seu objeto for especial — pode-se dizer complexo —, por demandar análise mais detida, sofisticada, portanto, da proposta apresentada. Esta definição é feita pela Administração Pública antes da abertura da licitação, ao definir o objeto do certame, de modo que, se a licitação for do tipo menor preço e o edital solicitar a apresentação de metodologia de execução, então, o objeto é daqueles que requerem verificação detalhada entre o fixado no instrumento convocatório e na proposta a ser apresentada. **Tal conclusão só é possível porque a metodologia de execução é o único mecanismo previsto na Lei de Licitações que altera o procedimento da licitação de menor preço. Ora, dado o procedimento do pregão, sempre que a Administração Pública necessite de maior segurança na contratação, em razão da especialidade do objeto ofertado e da admissão da adoção de diversas concepções técnicas para sua execução, a alternativa possível (isto, claro, se o caso não se enquadrar na hipótese de licitação por técnica ou por técnica e preço, do art. 46) é sofisticar o procedimento licitatório, afastando-o da celeridade e da inversão de fases do pregão, para seguir aquele previsto no § 8º do art. 30 da Lei 8.666.** Neste caso, a licitação não se inicia com a abertura das propostas financeiras, mas com a análise da metodologia de execução, que antecederá sempre a fase de preços. [...] Tal reflexão sobre a metodologia de execução tem o único objetivo de demonstrar que este é um critério útil na demarcação do âmbito de aplicabilidade do pregão na esfera federal (MONTEIRO, 2010, p. 105).

Portanto, na visão da autora, a abrangência da modalidade Pregão encontra seu limite quando a complexidade e especificidade inerente ao objeto do certame exigir a apresentação de um plano de *metodologia de execução*, cujo propósito é assegurar à Administração a tranquilidade de que o licitante contratado conhece e tem condições para promover a execução de um objeto especial, de alta complexidade técnica e/ou de grande vulto. Desse modo, todos os objetos que contiverem tal exigência não poderão ser contratados por pregão, razão pela qual deverão ser licitados por uma das modalidades tradicionais previstas na Lei n. 8.666/93.

Por derradeiro, no que tange ao Decreto Federal n. 5.450/05, que excluiu o pregão eletrônico para as obras, algumas considerações se mostram pertinentes.

Como já ressaltado acima, se o critério que opõe as obras aos serviços de engenharia é inconclusivo e não dá segurança ao gestor público, a única interpretação plausível para o referido decreto, a partir de todo o exposto, é que se excluem da modalidade de pregão (eletrônico e presencial) as contratações de objeto complexo, entendendo-se por objetos complexos aqueles que, pela sua natureza, são licitados pelo critério do menor preço, admitem diversas concepções técnicas para sua execução e, por essa razão, demandam — para que se tenha a garantia de segurança na contratação e futura exequibilidade do contrato — a

apresentação de metodologia de execução por parte do licitante, que nada mais é que o envelope que será analisado antes do de preços, e cuja função é fornecer à Administração o conforto que ela precisa para contratar alguém que conhece os detalhes de execução de um objeto complexo. De fato, se não é possível identificar o limiar entre estas duas categorias, isto é, obras e serviços de engenharia, a exclusão promovida pelo decreto deve ser lida no sentido de que objetos complexos foram alijados do procedimento do pregão, assim entendidos aqueles que pedem formulação de metodologia de execução pelo particular que irá executar o futuro contrato (MONTEIRO, 2010, p. 105).

É com base nessas considerações, portanto, que se pretende estabelecer um critério legal capaz de promover a identificação e separação de obras e serviços de engenharia de natureza *comum*, licitáveis por pregão, daqueles *não-comuns*, isto é, de considerável complexidade técnica e que demandem a apresentação de uma metodologia de execução, nos termos do art. 30, § 8º, da Lei n. 8.666/93.

Assim, ao se adotar essa linha interpretativa, nenhum problema haverá, ao menos do ponto de vista legal, em se contratar obras e serviços de engenharia *comuns* por Pregão.

CONCLUSÃO

O surgimento do Pregão no Direito Brasileiro sinalizou uma mudança de paradigma de há muito já aguardada pelos diversos setores da sociedade. Sem dúvida, com a criação dessa "nova" modalidade licitatória, houve um ganho de eficiência jamais antes visto no cenário das contratações realizadas pela Administração Pública brasileira. E isso porque o Pregão demonstrou ser, ao longo do tempo, um elemento catalisador de importantes princípios que regem o universo das contratações administrativas, ao promover ganhos significativos no que se refere à isonomia, celeridade, competitividade e economicidade, os quais, conjugados, proporcionam o alcance da tão almejada eficiência — infelizmente relegada a um segundo plano no contexto das modalidades tradicionais previstas na Lei n. 8.666/93.

Como salientado, a principiologia aplicável ao pregão em nada difere daquela incidente sobre as demais modalidades de licitação. As principais diferenças encontram-se na sua estrutura procedimental e na sua sistemática de disputa entre os licitantes, que fazem dessa modalidade um excelente instrumento para redução de preços e economia de recursos.

Com efeito, a otimização procedimental propiciada pela inversão das fases de habilitação e julgamento, vindo esta a anteceder aquela, bem como o enfrentamento direto dos licitantes numa fase de lances orais, em que lhes é dada oportunidade para renovarem suas propostas escritas, somado à faculdade de negociação entre o órgão promotor da licitação e o proponente vencedor do certame, munem o Pregão da versatilidade, da simplicidade e da eficiência que a dinâmica dos fatos sociais atuais impõe.

É nesse contexto de paulatina evolução e aprimoramento de concepções que o presente trabalho se insere, ao buscar ampliar a abrangência do Pregão a um campo de objetos que, pela relutância de ideais conservadores, ainda permanece desamparado dos incontestáveis benefícios gerados por essa modalidade licitatória, isto é, o campo das obras e serviços de engenharia.

Conforme exposto no terceiro capítulo desta monografia, embora não haja nenhum empecilho de ordem legal que elida a contratação de obras e serviços de engenharia por Pregão, constata-se que a maior parte das interpretações conferidas

à questão — aí incluídas as de juristas, aplicadores, tecnocratas e decretos regulamentares — expõe forte resistência a essa concepção. O argumento contrário mais corriqueiro consiste no "inquestionável" alto nível de complexidade e especificidade correlato às obras e serviços de engenharia, o que impossibilitaria sua contratação por meio de Pregão, eis que sua hipótese de cabimento pressupõe objetos simples, corriqueiros e padronizados, nas palavras da lei, *comuns*, tendo em vista a enxuta sistemática procedimental da modalidade, o que impossibilitaria a aferição de condições técnicas mínimas do objeto ofertado, trazendo sérios riscos à segurança e certeza da contratação.

De fato, e em parte, não se deixa de dar razão àqueles que defendem tal posicionamento. Ocorre que, convém acentuar, nem todas as obras e serviços de engenharia envolvem altos níveis de complexidade técnica e especificidade para sua execução. É de se concordar que, em muitos casos, haverá obras e serviços de engenharia de natureza *comum*, isto é, licitáveis por pregão, os quais podem, satisfatoriamente e sem maiores dificuldades, ser realizados por terceiros presentes no mercado.

Nessa linha, como já repetido à exaustão, o qualitativo do objeto, para fins de adoção da modalidade pregão, sempre foi o bem ou serviço — aí incluída a obra — mostrar-se *comum*. Nunca importou se o bem ou serviço é ou não de engenharia. A condição para que ele possa ser licitado por pregão decorre da sua natureza *comum*, e não do seu caráter técnico, isto é, de engenharia.

Bastará, portanto, que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital, de modo que, num momento posterior, as propostas possam ser objetivamente comparadas, tendo em vista o critério do melhor menor preço — para valer-se de uma expressão consagrada por Jair Eduardo Santana —, desde que a instantaneidade do procedimento não seja fator limitador da segurança e certeza da contratação.

Por fim, parafraseando Jorge Ulysse Jacoby, cumpre ponderar que esse avanço não deve ser repentino, mas comedido, sem desprezar a atividade hermenêutica de considerar todas as variáveis envolvidas na amplitude do conceito. Por outro lado, não há dúvidas de que esse avanço enfrenta e enfrentará forte resistência. Não se pode, contudo, permitir que essa resistência extrapole a função aperfeiçoadora das críticas construtivas, criando um verdadeiro entrave ao sistema

de evolução. O pregão já demonstrou sua eficiência aos olhos de quem quer enxergar. O resto é apenas preconceito, e preconceito não tem consistência jurídica.

ANEXOS

Tabela 1

	Pregão Presencial (Dec. n. 3.555/00)	Pregão Eletrônico (Dec. n. 5.450/05)
Até R\$ 160.000,00	1. <i>DOU</i> ; 2. <i>Internet</i> .	1. <i>DOU</i> ; 2. <i>Internet</i> .
Acima de R\$ 160.000,00 Até R\$ 650.000,00	1. <i>DOU</i> ; 2. <i>Internet</i> ; 3. Jornal de grande circulação <i>local</i> .	1. <i>DOU</i> ; 2. <i>Internet</i> .
Acima de R\$ 650.000,00 Até R\$ 1.300.000,00	1. <i>DOU</i> ; 2. <i>Internet</i> ; 3. Jornal de grande circulação <i>regional ou nacional</i> .	1. <i>DOU</i> ; 2. <i>Internet</i> ; 3. Jornal de grande circulação <i>local</i> .
Acima de R\$ 1.300.000,00	1. <i>DOU</i> ; 2. <i>Internet</i> ; 3. Jornal de grande circulação <i>regional ou nacional</i> .	1. <i>DOU</i> ; 2. <i>Internet</i> ; 3. Jornal de grande circulação <i>regional ou nacional</i> .

Figura 1

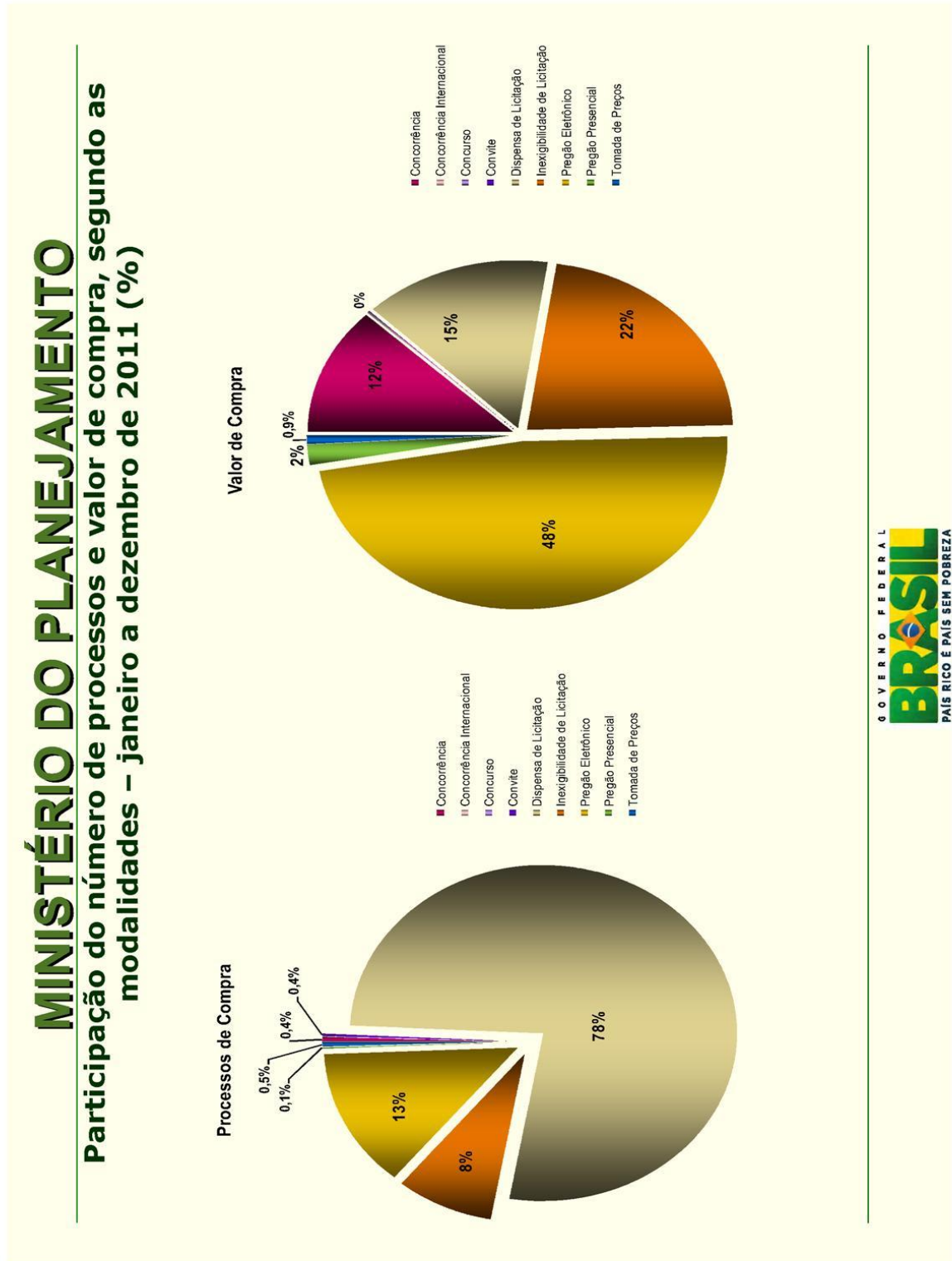


Figura 2

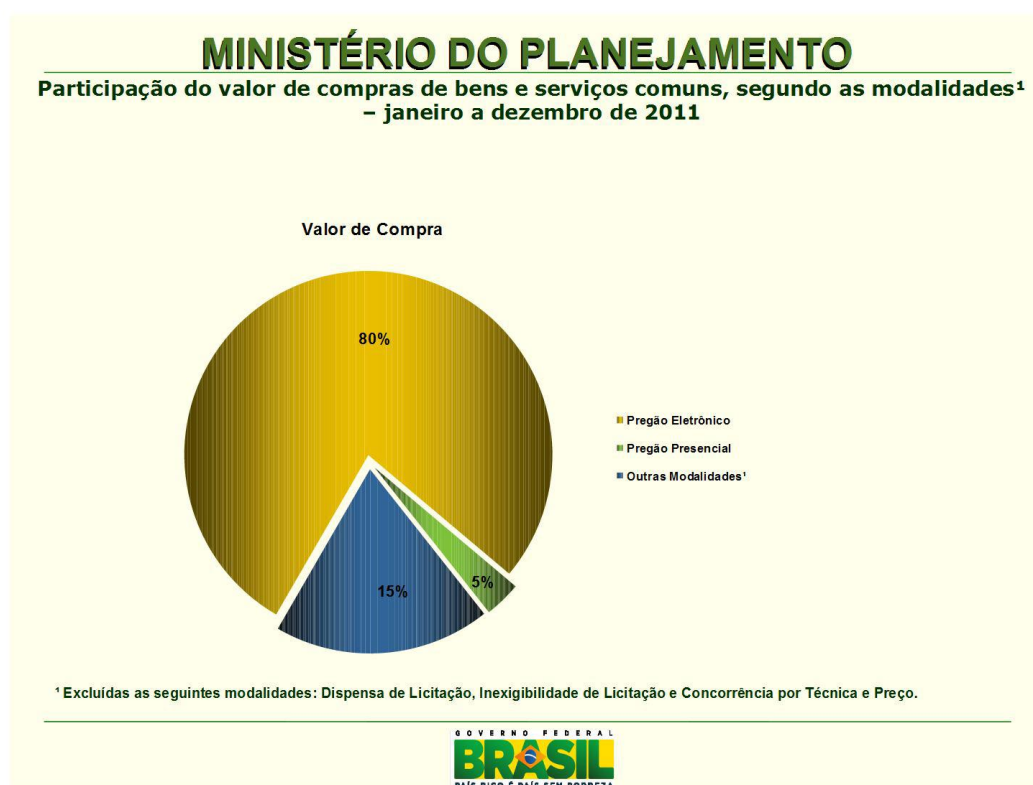


Figura 3

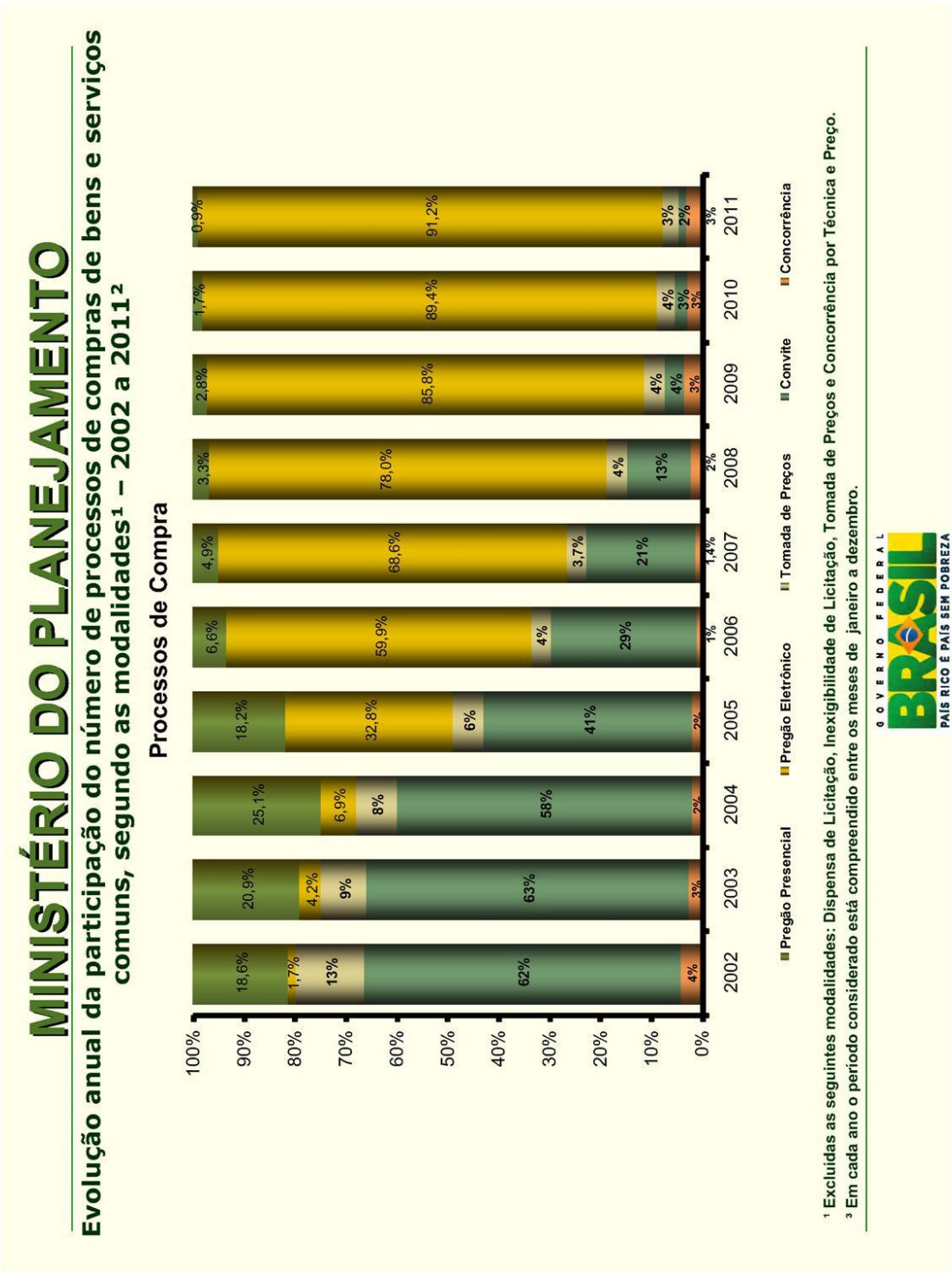


Figura 4

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO

Evolução anual do número de processos de compras de bens e serviços comuns, segundo as modalidades¹ – 2002 a 2011²

Modalidades de Compra	Número de Processos de Compra									
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Concorrência	879	638	651	579	364	456	771	1.319	934	1.000
Concorrência Internacional	75	41	56	80	53	66	50	44	105	51
Convite	13.809	16.855	20.272	14.538	10.741	8.137	4.957	1.499	961	621
Tomada de Preços	2.958	2.350	2.810	2.134	1.370	1.390	1.641	1.636	1.334	1.121
Concurso	0	3	1	4	5	6	8	16	16	11
Pregão Eletrônico	371	1.124	2.404	11.612	22.433	26.064	30.865	33.700	33.696	32.357
Pregão Presencial	4.134	5.556	8.774	6.449	2.478	1.857	1.297	1.083	657	334

¹ Excluídas as seguintes modalidades: Dispensa de Licitação, Inexigibilidade de Licitação e Concorrência por Técnica e Preço.

² No período de janeiro a dezembro.

Figura 5

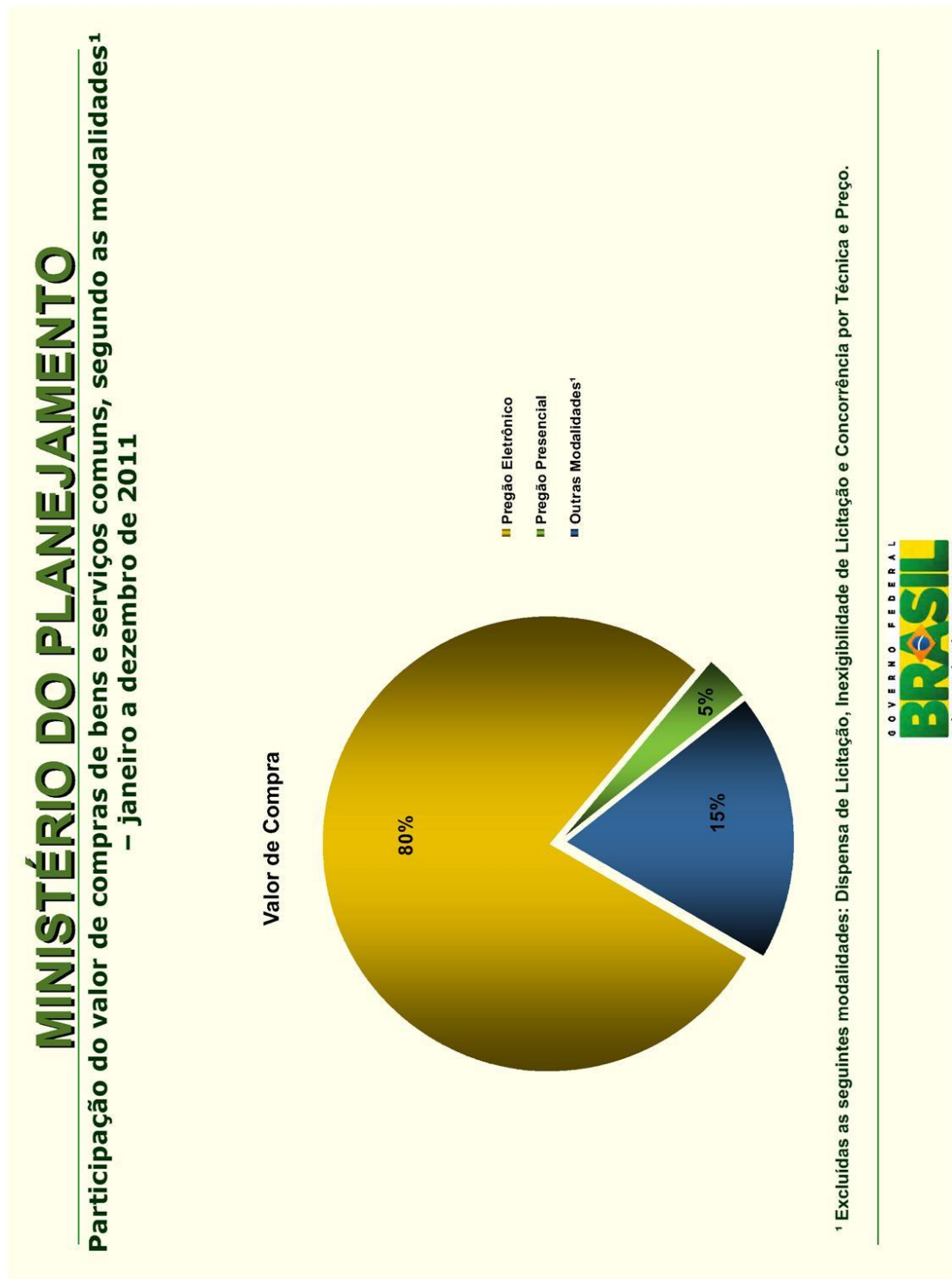


Figura 6

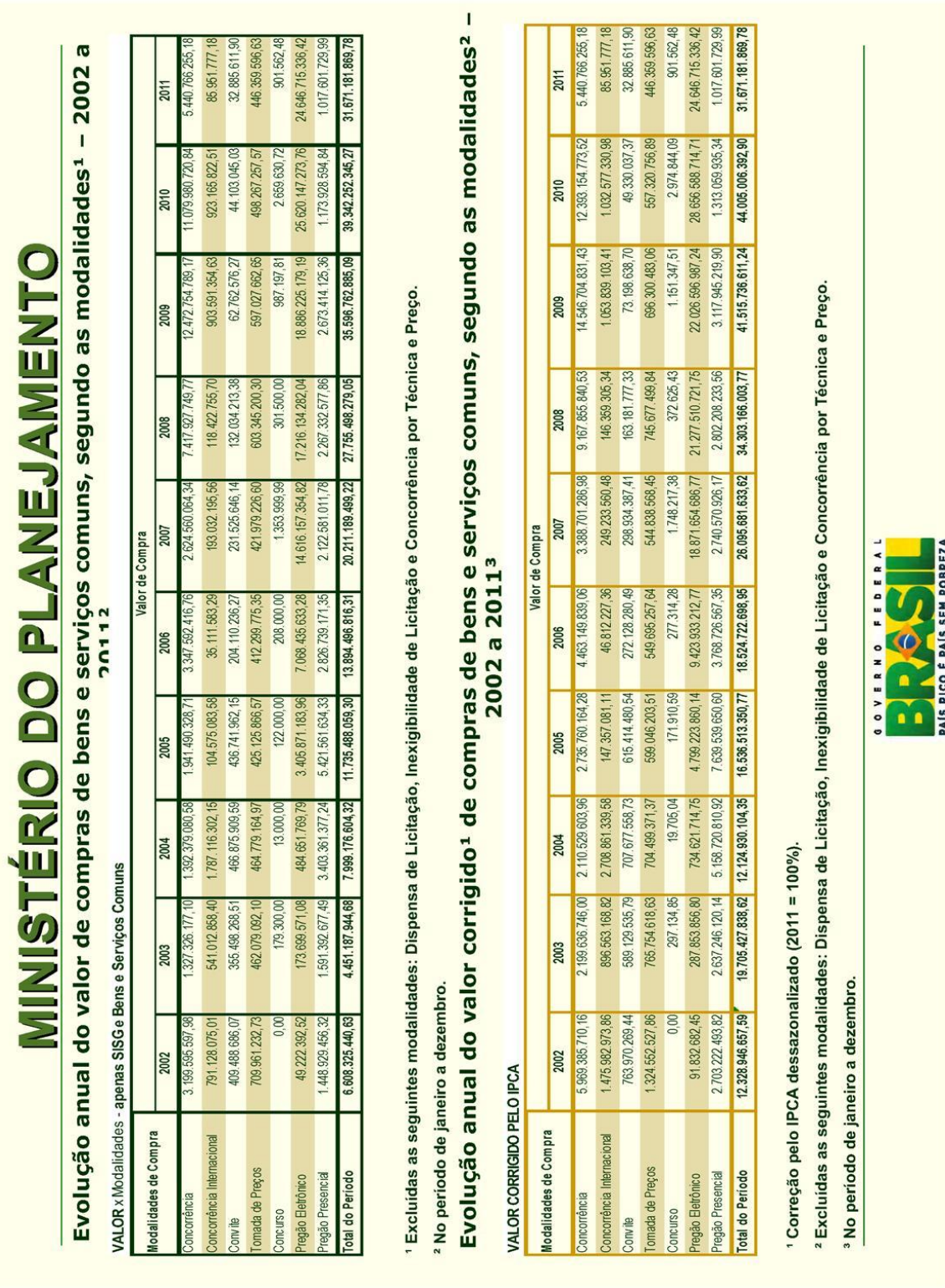


Figura 7

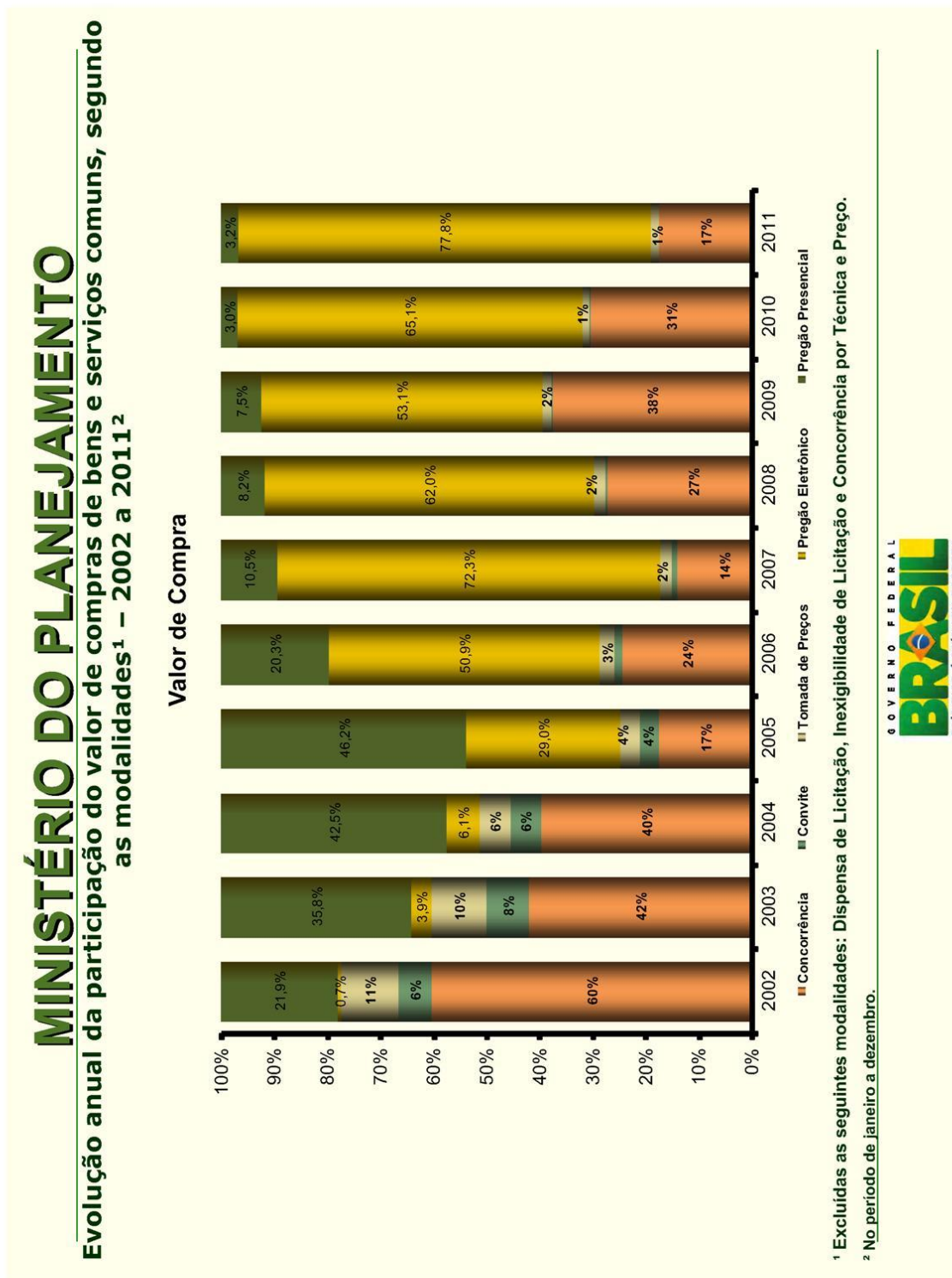


Figura 8

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO

Evolução anual do número de processos e do valor¹ de compras por
pregão eletrônico – 2005 a 2011²

Ano	Número de Processos de Compra	Valor de Compra
2002	371	91.832.682,45
2003	1124	287.853.856,80
2004	2404	734.621.714,75
2005	11.612	4.799.223.860,14
2006	22.433	9.423.933.212,77
2007	26.064	18.871.654.686,77
2008	30.865	21.277.510.721,75
2009	33.700	22.026.596.987,24
2010	33.696	28.656.588.714,71
2011	32.357	24.646.715.336,42

¹ Correção pelo IPCA dessazonalizado (2011 = 100%).

² No período de janeiro a dezembro.

Figura 9

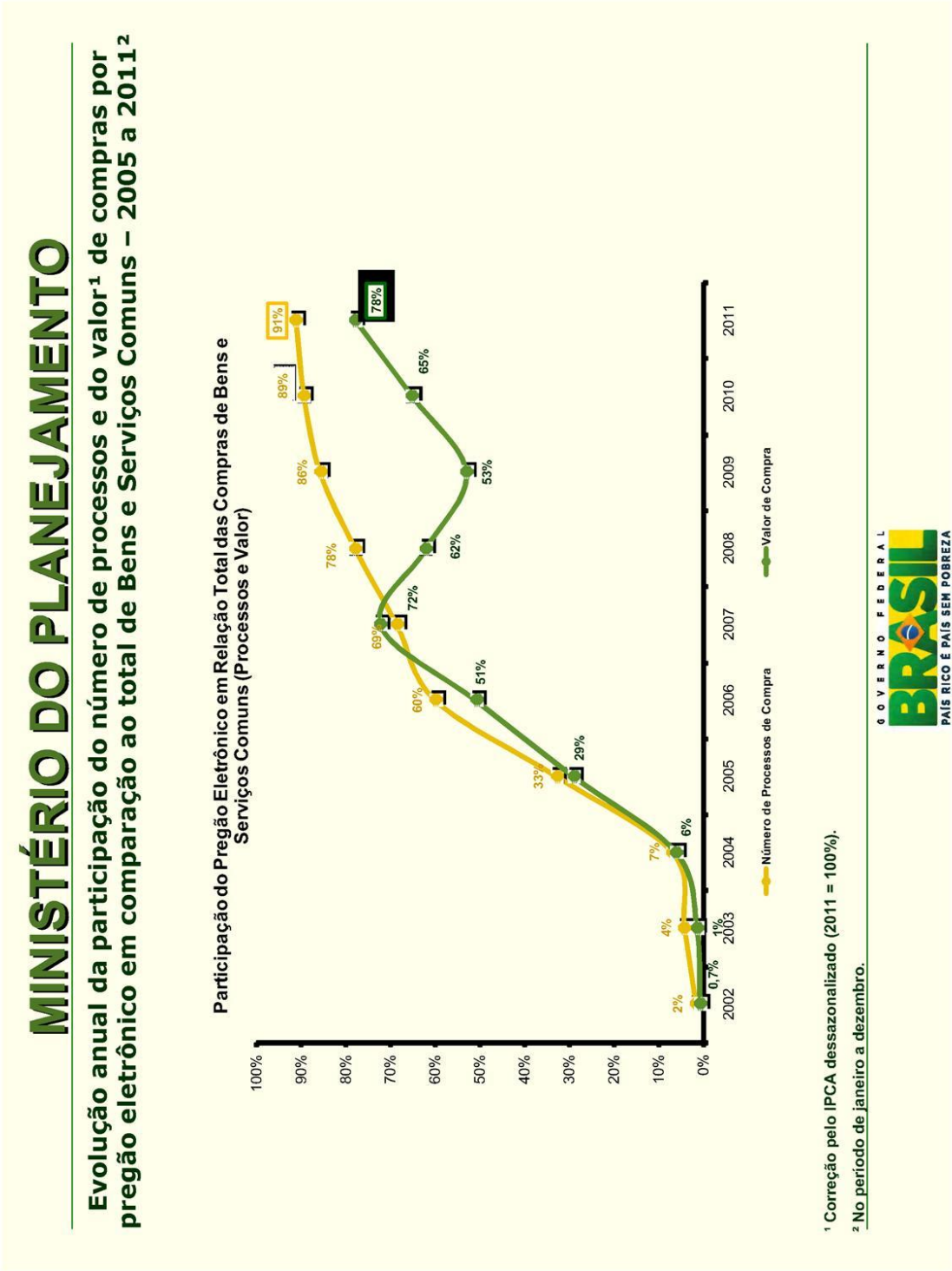


Figura 10

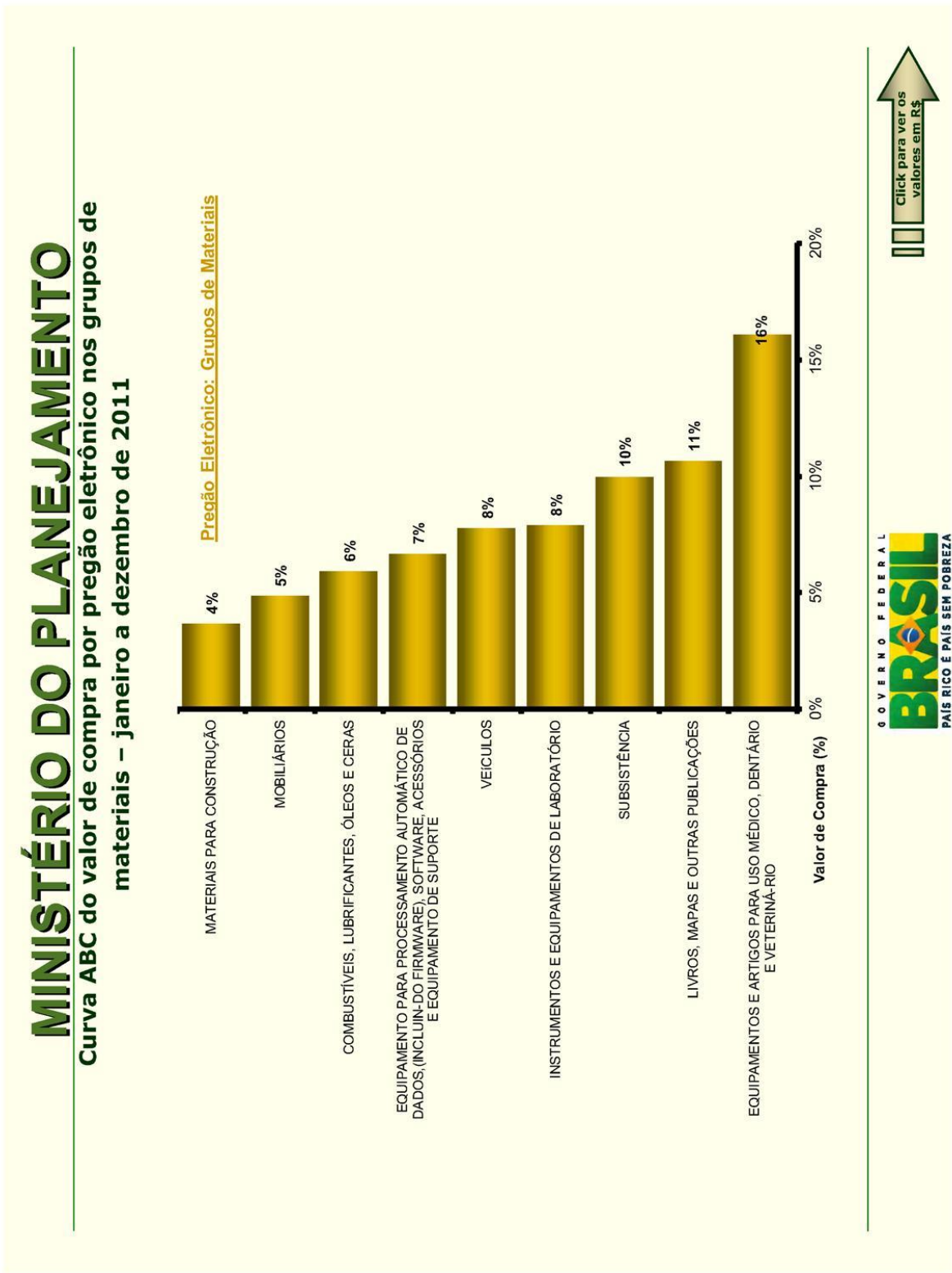
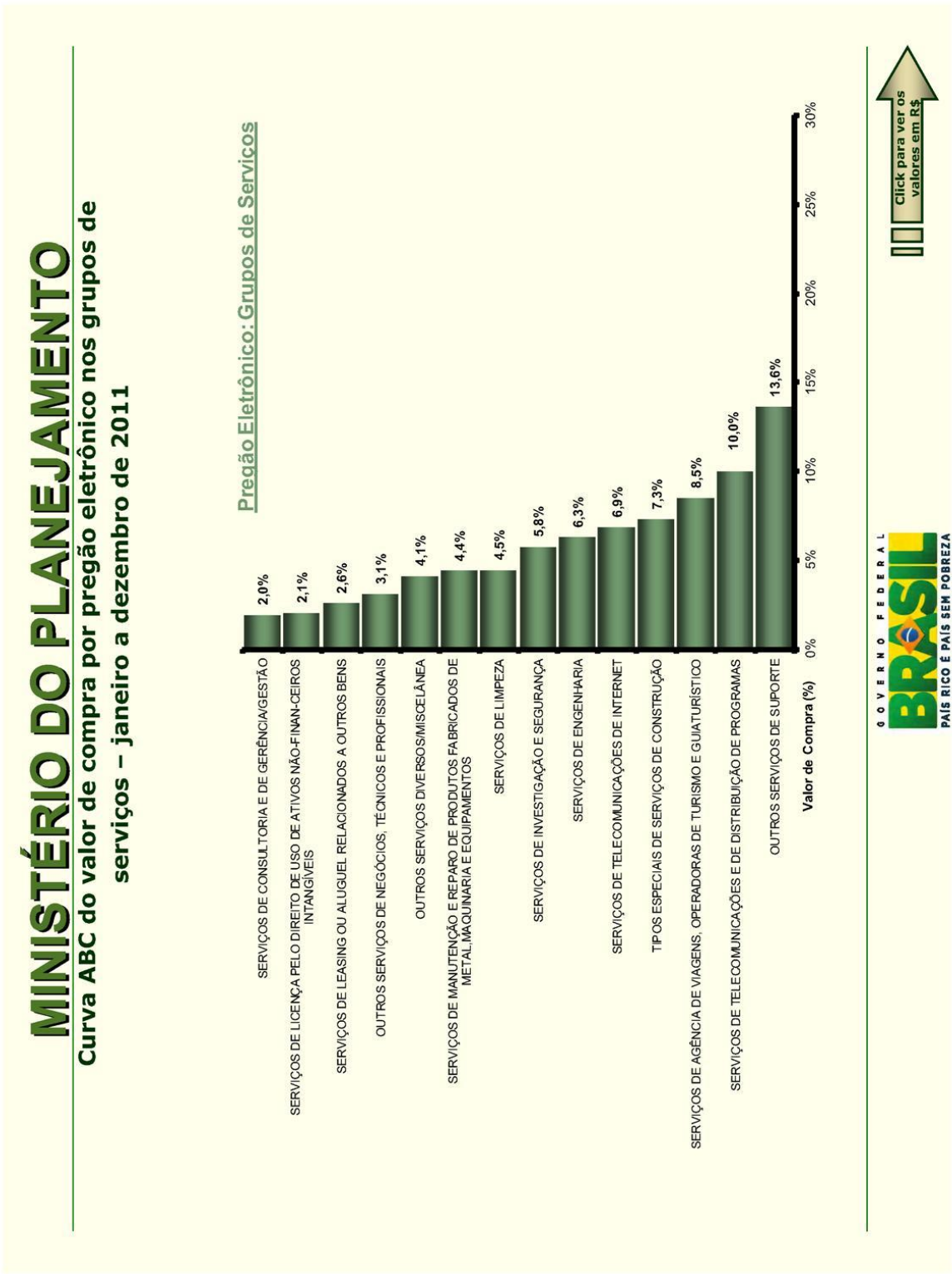


Figura 11



REFERÊNCIAS

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Pregão: limitação ao âmbito da união - inconstitucionalidade manifesta - possibilidade de sua utilização imediata por todos os membros da federação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, v.38, jan. 2002, p. 234-248.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado 1988.

Brasil. **Decreto Federal n. 3.555/00**. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Brasília, DF: Senado 2000.

BRASIL. **Decreto Federal n. 5.450/05**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado 2000.

BRASIL. **Lei n. 10.520/02**. Institui a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado 2002.

BRASIL. **Lei n. 8.666/93**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Senado 1993.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos Duarte. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Delcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**: (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e eletrônico**. Curitiba: Zênite, 2004.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários a Lei das Licitações e contratações da Administração Pública**. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

SANTANA, Jair Eduardo. Pregão: 10 anos. Retrospectiva, essencialidade e perspectiva. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v.38, n. 115, p. 54-75, maio/ago. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.